

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

# LA PROPRIÉTÉ

ET LES

# CONVENTIONS PRIVÉES

EN DROIT CIVIL

---

ÉTUDE DOGMATIQUE ET HISTORIQUE

SUR

LE POUVOIR TRANSLATIF DE LA VOLONTÉ PRIVÉE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RAYMOND PAILHAS

AVOCAT PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS  
LICENCIÉ ÈS-LETTRES (PHILOSOPHIE)

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1896











THÈSE  
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

LA PROPRIÉTÉ  
ET LES  
CONVENTIONS PRIVÉES  
EN DROIT CIVIL

---

ÉTUDE DOGMATIQUE ET HISTORIQUE

SUR

LE POUVOIR TRANSLATIF DE LA VOLONTÉ PRIVÉE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*Sera soutenu le samedi 20 juin 1896, à 8 heures*

PAR

RAYMOND PAILHAS

AVOCAT PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS  
LICENCIÉ ÈS-LETTRES (PHILOSOPHIE)

---

*Président* : M. BUFNOIR.

*Suffragants* : { MM. PLANIOL, } professeurs.  
WEISS, }

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE  
ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1896







## MEIS ET AMICIS !

*J'offre mon premier travail à tous ceux d'abord qui, par leur amour et leur dévouement, m'ont fait ce que je suis. Parmi eux, hélas ! celle qui devait occuper le premier rang est pour toujours absente. Je lui dédie tout spécialement ce livre, l'âme pénétrée d'un regret éternel. Je le dédie ensuite à mon père chéri — mon premier professeur de droit ! — et à ma sœur bien aimée ; enfin à toute ma famille, en signe de profonde affection.*

*Ma seconde pensée doit être pour les maîtres dévoués qui m'ont, en divers temps et à différents degrés, initié à l'amour de la science. Ma reconnaissance s'étend indistinctement à tous et je voudrais qu'ils en pussent sentir dans cet hommage la plus ardente expression.*

*Je songe enfin à tout le cercle de mes amis intimes et, pour eux tous, j'attache à l'entrée de ce livre une pensée affectueuse dont je les prie aussi d'agréer l'hommage très cordial.*

RAYMOND PAILHAS.





## PRÉFACE

Le titre de cette étude annonce une analyse dogmatique dans ses tendances, mais conçue dans un esprit historique, des pouvoirs translatifs que les lois reconnaissent à la volonté privée. Le pouvoir de déplacer le siège des droits, de les transporter d'une tête sur une autre tête, n'est pas l'unique pouvoir qui appartienne à la volonté dans les divers systèmes juridiques ; elle en a d'autres, dont l'idée est plus simple et l'histoire aussi moins complexe : ce sont les pouvoirs de simple obligation par lesquels la volonté n'engage qu'elle-même et ne met en jeu que sa responsabilité générale avec celle du patrimoine dont elle a la libre disposition. Mais notre étude se limitera aux pouvoirs translatifs proprement dits.

Nous nous efforcerons de donner d'abord une idée exacte de l'essence même de ces pouvoirs, en les distinguant par des traits précis des pouvoirs de simple obligation ; puis, l'idée de ces pouvoirs ainsi donnée, nous en étudierons dans l'histoire le développement, l'évolution, si l'on veut (1).

(1) « Pour qui sait les lire, les textes comme les discussions ramènent constamment à l'histoire. On ne connaît bien un principe ou une institution que lorsqu'on en sait l'origine, le développement et les modifications successives. »

KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit.*

Notre ambition n'est pas de tout dire sur ce sujet, mais seulement d'en dire assez pour mettre complètement en lumière les lois générales qui dominent la matière qui nous occupe, à travers la diversité des législations positives. Notre but sera atteint si nous parvenons à systématiser les variations nombreuses de ces législations dans l'unité de quelques concepts fondamentaux évoluant selon des règles inflexibles dont nous essaierons de préciser la formule.

La volonté humaine est, dans le droit, l'élément le plus important, puisque c'est par elle et par les échanges de richesses qu'elle organise que la vie pénètre dans le système social. Les Codes sont faits surtout pour préparer et marquer la voie à cette grande travailleuse. Ces Codes se composent en effet de deux parties distinctes : d'une part les réglementations absolues qui s'imposent aux individus en dehors de tout acte de volonté de leur part et qui les saisissent toujours et partout ; d'autre part les réglementations dont l'autorité est purement relative et conditionnelle, qui ne sont destinées qu'à régler l'action de la volonté individuelle dans l'exercice de sa libre initiative. De ces deux parties, la dernière est celle qui nous occupe.

L'étude de ces deux genres de réglementations exige des aptitudes différentes ou du moins doit se faire dans un esprit différent. Dans l'étude des premières et dans leur critique, il faut surtout apporter un sens très expérimenté de ce que l'utilité sociale exige, de ce que, par suite, la loi suprême du salut public autorise à édicter contre les libertés individuelles. Il y faut donc l'esprit

*socialiste*. Dans l'étude des obligations conventionnelles, au contraire, la liberté est l'élément principal à stimuler ; il faut exciter cette liberté à agir ; il faut seulement lui imposer le devoir d'être logique dans son action, de ne pas compromettre la vie sociale en retirant à autrui ce qu'elle lui a donné, en trompant les espérances et les attentes légitimement fondées ; il faut, en un mot, assurer le concert des libertés en le sanctionnant d'une manière très stricte.

Les pages suivantes diront si nous n'avons pas trop préjugé de nos forces en abordant un aussi grand sujet. Que la sincérité de notre effort fasse pardonner beaucoup à notre inexpérience ! Nous avons surtout donné nos soins à l'analyse des concepts : c'est, croyons-nous, la base de toute science et surtout des sciences morales comme le droit. Puisqu'il s'agissait d'analyser, nous ne pouvions mieux faire que d'invoquer le secours des jurisconsultes romains : nous l'avons fait très largement. Il n'est pas une ligne de ce travail qui ne soit fondée directement ou indirectement sur des réminiscences d'analyses romaines. Peut-être trouvera-t-on que cette part faite au droit romain est excessive. Le culte du droit romain est, dit-on, une superstition qui a fait son temps. L'auteur de ce travail se sent, il l'avoue, tout pénétré encore de cette superstition. Il va même jusqu'à bénir le dévouement et la science des maîtres qui ont su la lui communiquer.

Quant au fond même des idées que l'on trouvera exposées dans les pages suivantes, quelque modeste que doive être leur valeur, nous voudrions faire aussi

une observation générale et préalable. Ce travail a été conçu et écrit comme un bloc. Tous les détails s'y présentent à titre d'éléments de la démonstration totale et non comme observations empiriques ayant isolément une valeur indépendante. Nous avons touché quantité de questions dont certaines très complexes et très controversées, mais c'est toujours du point de vue d'une déduction théorique et principale qui forme l'axe du système.

Il suit de là que, si l'on aborde séparément tel ou tel point particulier de cette synthèse logique, on éprouvera une impression assez défavorable. La discussion semblera procéder d'une manière assez bizarre, la terminologie paraîtra singulière et pédante et les démonstrations complètement paradoxales. Nous ne voudrions pas que, sous le coup de cette impression, notre œuvre fût prise pour une œuvre de simple fantaisie. Notre synthèse est peut-être erronée dans ses bases ; mais c'est, au moins, un essai de synthèse. Si l'on veut bien en suivre le développement, on y découvrira, nous l'espérons, un enchaînement rigoureux de concepts. C'est une tentative de systématisation philosophique appliquée à ces matières, très riches en controverses, de l'obligation de livrer et du transfert de la propriété par l'effet ou à la suite de cette obligation. La longue introduction dont nous avons cru devoir faire précéder tout l'ensemble peut d'ailleurs, croyons-nous, donner une idée préalable du terrain que nous parcourons et de l'orientation que nous avons prise pour en dresser le tableau.

Le désir de systématiser tant d'éléments divers, appar-



tenant à des matières parfois bien différentes, nous a obligé à remonter à des principes très généraux et, par suite, d'allure un peu métaphysique. C'était la conséquence nécessaire de la manière dont ce travail était conçu. Mais la généralité n'est un mal que lorsqu'elle ne se réalise qu'au détriment de la précision et pour pallier sous des dehors dogmatiques une connaissance insuffisante du détail même des choses. Les idées générales, lorsqu'elles sont vraies, sont au contraire le produit le plus précieux du travail de l'esprit humain sur la réalité. Extraire des faits, infiniment ondoyants, les formules générales qui résument leurs fluctuations d'apparence capricieuse, c'est la grande, l'éternelle mission de la science (1).

Reste évidemment à se demander si notre synthèse est de celles qui avortent ou si elle est de celles qui, saisissant les vraies lois des choses, simplifient l'empirisme, le fécondent et le vivifient. Nos concepts fondamentaux sont-ils bien posés ou sont-ils purement artificiels et controuvés ? Toute la question est là. La définition du triangle étant fausse, toutes ses conséquences le sont. Le point de départ étant faux, les déductions pos-

(1) Ihering s'est moqué d'une manière très humoristique de cette tendance abusive à la construction dogmatique. « Voyez-vous, dit-il dans la première des lettres dont se compose son spirituel opuscule : *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, voyez-vous là-bas ce vieux toit d'où la pluie s'écoule sur le fonds voisin ? Pour quoi le prenez-vous ? Pour un vieux toit ! Sans doute ; mais ne voyez-vous pas l'éclat de la personnalité juridique qui l'illumine comme une lumière électrique ? Laissez-moi vous dire ce qu'il est : le vieux toit est une personne juridique, car le toit est le sujet du droit d'égout. » Pourtant Ihering a été, en jurisprudence, le plus hardi, — trop hardi peut-être — constructeur de ce siècle.

térieures le sont aussi et même, dans ce cas, — c'est ce qui fait le danger de la méthode — le souci de la logique est une obstination plus tenace et plus entêtée dans l'erreur. Rien n'est plus dangereux que la logique à outrance avec le faux pour point de départ. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que la conception de ce que contiennent ces pages est le résultat de minutieuses analyses, de multiples lectures, de longues et de laborieuses méditations. Ces méditations, nous les avons faites, non sur des idées *a priori*, mais sur les faits concrets autant que pouvait nous en fournir une expérience malheureusement trop courte encore de la pratique judiciaire. On se tromperait si l'on croyait ce travail construit absolument *a priori* : la généralité des principes n'est venue que pour exprimer la substance commune qui est apparue latente dans la particularité des faits.

Au surplus, nous ne nous sommes pas contenté de poser des concepts fondamentaux aussi conformes que possible à la réalité pratique ; nous ne nous sommes pas efforcé seulement, selon le conseil de Descartes, de « conduire nos pensées par ordre en commençant par les objets *les plus simples* » et de « mettre de l'ordre même entre les objets qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres » ; nous avons aussi comparé à chaque instant le résultat de nos déductions avec l'étalon de la réalité pratique. De peur de nous égarer sur une fausse piste, nous n'avons pas perdu de vue cette réalité, seul objet véritable de notre analyse. Systématiser, mais non innover, telle a été notre règle. Nous essayons de rendre

raison des faits juridiques tels qu'ils s'expriment dans les lois, les mœurs ou les décisions de jurisprudence, mais jamais nous ne posons notre opinion contre ces faits eux-mêmes. Nous justifions ce qui a été décidé en pratique. Parfois telle de nos affirmations semble subversive ; qu'on veuille bien y regarder d'un peu plus près, on verra que nous en limitons, quand il faut et dans la mesure où il le faut, la portée. Si le concept principal implique telle conséquence, le concept accessoire vient opportunément donner sa note dans le jeu d'ensemble pour fournir au total l'impression vraie et juste. Nous ne contredisons pas, mais nous expliquons ; et si, parfois, l'explication a besoin de faire intervenir, au lieu d'un concept unique, plusieurs concepts, n'est-ce pas tout de même expliquer ? Montrer l'action de forces complexes dans un fait d'apparence simple, n'est-ce pas ce que fait tous les jours la science physique ? et combien le jeu des forces morales, des concepts, n'est-il pas plus complexe encore que celui des forces physiques ? Combien n'est-il pas surtout plus fugitif ?

Il est temps maintenant de clore cette préface que nous rougissons d'avoir faite si longue et où surtout nous tremblons d'avoir beaucoup trop promis. La table analytique découpée en sommaires qui accompagne ces pages permettra de suivre le cours des développements et de se retrouver au milieu de ce plan de forme peut-être trop personnelle, mais que, nous l'espérons, les explications précédentes nous feront pardonner. Une des discussions les plus importantes à notre point de vue est celle que nous consacrons au concept du *contrat réel*.

Tandis que la simple convention n'engendre que des rapports d'obligation (sauf dans le Code Napoléon qui fait exception à cette règle) (1), la caractéristique du contrat réel est de consister essentiellement dans le fait actuel, objectif du déplacement du *jus in re*, du *dominium legitimum*. Le *dinglicher Vertrag*, comme disent les Allemands, opère non dans le monde des obligations personnelles comme l'*obligatorischer Vertrag*, mais dans celui des choses (*Dinge*) ou, pour parler plus exactement, dans le monde des droits qui, par leur objet strictement réel, semblent se confondre avec la chose même. Le *dinglicher Vertrag* est une simple modification dans le *Sachenrecht*, droit des choses. Nous montrons dans le droit romain et dans le droit germanique des illustrations du rôle de ce *dinglicher Vertrag*. C'est un véritable « acte de dessaisine-saisine ».

Nous sommes conduit, pour mettre en relief l'essence de ce transfert réel, à l'analyse préalable de la convention d'aliénation, *en tant qu'elle se passe de ce transfert réel*. C'est aussi, à nos yeux, une discussion importante que celle qui est consacrée à l'étude de ce concept : l'interprétation que nous en proposons s'écarte un peu des idées reçues, mais elle a, comme on verra, l'avantage de justifier toutes les conséquences déduites par la pra-

(1) Les textes si décisifs du droit romain pour exprimer ce principe sont dans toutes les mémoires :

« *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel prestandum.* » 3, pr., Dig., 44, 7.

« *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* » 20, Code, 2, 3.

Le *modus acquirendi a*, on le voit, une autonomie bien caractérisée.



tique du concept de l'obligation de livrer, conséquences dont certaines sont très controversées précisément quant à leur fondement logique. Nous proposons, à cette occasion, certaines doctrines sur le concours juridiquement efficace de volontés, sur le rôle de la cause dans les contrats. Quant aux effets de l'acte d'aliénation, nous considérons que l'obligation de livrer devrait *logiquement* nuire aux tiers contractants postérieurs en date et qui ne devraient en aucun cas avoir plus de droit que leur auteur; mais nous expliquons comment et pourquoi, jusqu'au Code Napoléon, ce droit de suite n'avait pu être reconnu. Notre idée n'est donc, ici encore, subversive qu'en apparence. C'est une simple explication. A la suite de l'analyse du contrat d'aliénation, l'étude des saisines réelles à Rome et dans le droit germanique est faite seulement d'idées générales exprimant la substance des faits. Nous proposons en ce sens une explication du rôle de la *mancipatio per æs et libram* dans le testament romain. Nous tentons aussi de donner de l'action Publicienne une idée un peu différente de celle qui est généralement admise. L'étude du droit germanique nous conduit à quelques considérations sur le nouveau projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne. Nous aurions voulu, si la crainte d'enfler démesurément un travail déjà bien complexe ne nous eût retenu, étudier plus minutieusement les importantes discussions qui se poursuivent, depuis une vingtaine d'années, outre-Rhin à cette occasion. Enfin, le Code Napoléon, au terme de cette évolution plusieurs fois séculaire, nous montre la fusion des divers courants historiques. Ainsi

nous achevons cette vaste synthèse historique où les différentes législations jouent, on le voit, le rôle d'éléments de comparaison. Nous avons cru nous conformer, en suivant cette méthode, à l'heureuse tendance qui, dans ces dernières années, se dessine très nettement dans les études juridiques pour les élever au-dessus des droits locaux ou nationaux jusqu'à la contemplation de ce droit qui n'est ni français ni germain, mais qui est, qui sera le droit humain. Une telle tendance est, d'abord pour la science pure, pleine de bénéfices, car, selon le mot de M. Dareste, « Aucune législation n'a son explication complète en elle-même » (*Etudes d'hist. du droit*, p. X). Ensuite elle ouvre, pour la vie des nations, dans l'avenir, les plus consolantes espérances !

# LA PROPRIÉTÉ ET LES CONVENTIONS PRIVÉES

EN DROIT CIVIL

---

ÉTUDE DOGMATIQUE ET HISTORIQUE

sur le

POUVOIR TRANSLATIF DE LA VOLONTÉ PRIVÉE

---

« *Quod alterius fuit, id ut fiat*  
» *meum, necesse est aliquid inter-*  
» *cedere; neque in omnibus satis*  
» *est stipulatio aut solutio num-*  
» *orum ad mutationem domi-*  
» *nii.* »

VARRO, *De re rustica*, II, 1.

## INTRODUCTION

DES CONVENTIONS TRANSLATIVES DE DROITS RÉELS.

SOMMAIRE. — Du transfert par conventions en général ; son fonctionnement : — I. Distinction de l'acte d'obligation et de l'acte de transfert ou de disposition : le premier lie la personne, le second règle le sort des biens. Eclaircissements sur cette distinction. — Sanction différente qui appartient à chacun de ces actes juridiques : l'acte d'obligation ne prend pas date dans les choses ; l'acte de transfert au contraire y prend date et s'y incorpore. — II. Etude de cette incorporation, c'est-à-dire définition de l'essence du *droit réel*. Le droit réel est un droit de propriété appartenant *directement* à une personne sur une chose ou sur un des bénéfices dont les choses sont la source. Eléments constitutifs de ce droit. Conditions de son déplacement. — Comment la volonté transfère les droits. Difficultés théoriques de cette idée. Lente formation de ce pouvoir dans l'histoire du passé. Intérêt profond de cette recherche rétros-

pective. Idée générale de cette grande évolution : le droit romain strict et le droit prétorien. — Le droit germanique. — Couronnement de l'évolution par le Code Napoléon. — Desiderata nouveaux : Publicité. La réaction n'est qu'apparente. Triomphe d'un spiritualisme réglé par les lois.

Nous étudierons l'acte de transfert par conventions successivement dans ces deux phases : d'abord comme acte juridique *conventionnel*, comme une espèce de contrat consensuel ; ensuite comme *déplacement réel* du droit. La première phase est la *phase psychique ou consensuelle* : la seconde, la *phase physique ou réelle*.

### I. — Essence matérielle des conventions d'aliénation.

Il y a, en droit, deux sortes de conventions, dont les effets juridiques sont profondément distincts. Dans les conventions de la première catégorie, la volonté de l'individu seule se lie. Le résultat du contrat régulièrement formé est de créer pour la personne qui s'y enchaîne une simple *dette* d'ouvrage ou de choses. Dans les conventions de la deuxième catégorie, la volonté ne se lie pas directement et principalement. L'objet en vue au premier rang n'est pas la personne. Ces conventions sont conclues au sujet et à l'occasion de biens déterminés. Elles ont pour but premier un certain *règlement* sur ces biens.

Pour employer des expressions calquées sur la forte terminologie romaine, les premières ont pour objet de *legem personæ dicere* ; les secondes visent à *legem rei dicere*.

Il ne s'agit dans cette étude que des conventions dont l'objet consiste à « faire la loi aux choses ». Nous aurons sans doute maintes fois à faire intervenir le concept des conventions à effet purement personnel ; mais ce sera pour le séparer et non pour l'analyser. Ce sont les *actes de disposition* et non les *actes d'obligation* qui sont visés dans les pages suivantes.

Actes de disposition et non actes d'obligation, disons-nous.



Les actes d'obligation peuvent bien, en envisageant leur effet final, médiat et lointain, être qualifiés actes de disposition. Celui qui se porte, par exemple, garant qu'une prestation quelconque sera fournie, celui-là, à un certain point de vue, fait un acte de disposition, puisqu'il engage son patrimoine dans un contrat qui pourra conduire à une grave diminution de ce patrimoine (1). Mais il faut considérer pour appliquer notre distinction le contenu *immédiat* de l'acte de volonté. Dans l'exemple cité, le seul objet visé, c'est la *promesse personnelle* de faire ou de donner ; il n'y a pas de *res* spécialement considérée ; c'est une obligation (2).

(1) C'est par la considération de cet *effet médiat* de l'obligation que les simples créances personnelles sont déclarées *mobilières* ou *immobilières*. « A l'égard des *créances*, dit Pothier (*Des choses*, § 249 et suiv.), elles tirent leur nature d'immeubles ou de meubles de la chose *qui fait leur objet* » — « A l'égard des droits *ad rem*, c'est-à-dire des créances, lorsque la créance a pour objet quelque héritage, elle doit être censée avoir la même situation que *cet héritage auquel elle se termine et dans lequel elle se résout et se convertit lorsque le débiteur exécute son engagement* ». Il est évident que rigoureusement, l'objet *direct* de l'action intentée en vertu d'un droit de créance étant la personne, l'action devrait être mobilière. Il faut donc dans la maxime « *actio immobilis quæ tendit ad immobile* » entendre le mot *tendit* comme désignant l'effet final, non l'objet direct. C'est ce qu'exprime Pothier. — V. aussi Demante, *Cours anal.*, tome II, §§ 351 *bis* et 356 *bis*. M. Colmet de Santerre est en désaccord avec Demante sur le droit de fermier ou locataire. Reconnaisant *tous deux* que c'est un droit *personnel*, ils se séparent pourtant sur le caractère mobilier ou immobilier. Ces dissentiments d'ailleurs fréquents entre les auteurs sur les questions analogues prouvent que la distinction sur le caractère mobilier ou immobilier d'un droit, est flottante. — V. Colmet de Santerre, VII, n° 198 *bis* I-XLII. C'est qu'elle est fondée sur un résultat lointain de l'acte d'obligation non sur son effet direct nettement réel ou personnel et, par suite, nettement immobilier ou mobilier.

(2) C'est en prenant le mot disposition dans son sens large que Toullier a pu écrire « Tout contrat est nécessairement *la disposition* d'une chose ». Ce qu'il ajoute montre bien l'extension exagérée qu'il attribue à ce terme. « On conçoit peut-être difficilement, dit-il, que tout contrat emporte la cession d'une chose et l'on en cite où il n'y a ni chose ni cession proprement dite ; le mariage, par exemple. Mais si l'on veut examiner attentivement l'exemple qu'on peut nous opposer, on verra qu'il renferme bien

Sans doute aussi, d'un autre côté, l'acte de disposition est, à un certain point de vue, un acte d'obligation. Celui qui dispose d'une chose déterminée, soit pour l'aliéner, soit pour en faire le sujet passif de tout autre arrangement économique, celui-là s'*oblige* à respecter son acte de disposition. Celui qui donne une chose s'oblige à respecter désormais le droit de l'*accipiens* comme celui d'un vrai propriétaire (1). Celui qui

réellement une cession. Le mariage est une sorte d'abnégation de soi-même. Chaque époux se donne à l'autre et il ne se donne que moyennant un retour ». Il est plus juste de dire que le mariage est un acte d'obligation et non de disposition, en droit moderne du moins.

Les Romains appelaient les *dettes* : *l'argent d'autrui, æs alienum*, par suite du même procédé de langage. L'obligation a pour objet une prestation, mais comme cette prestation « se termine », selon l'expression de Polhier déjà citée, dans une aliénation, on peut anticiper sur ce résultat et considérer la chose qu'on s'est *obligé à donner* comme une chose *aliénée*. Mais il ne faut pas être dupe de ces façons commodes de parler inexactement.

(1) C'est par cette extension du sens des mots que l'article 932 du Code Napoléon, à propos d'un *acte de disposition* parfaitement caractérisé et d'une nature *réelle* indubitable puisque c'est, nous le verrons, une survivance du *Realvertrag* et des actes solennels de *dessaisine-saisine* du droit germanique, dit : « La donation entre vifs n'*engagera* le donateur que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès ». C'est par une extension analogue que sous la rubrique « *Des obligations conventionnelles* » (Livre III, titre III) le même Code range le *transfert* conventionnel qui résulte de l'*obligation de donner* (art.1138). Le projet de Code pour l'Empire d'Allemagne qui, dans la première lecture, avait repoussé ce rapprochement dans le genre *obligation* des deux espèces : obligation personnelle et déplacement réel, revient dans la deuxième lecture vers le mode de classification inspirée de notre Code. Le dinglicher Vertrag (c'est le nom de l'acte de disposition réelle dans la terminologie allemande) est considéré comme une *espèce* du genre *obligation conventionnelle*. Nous pensons qu'en effet, comme nous le disons au texte, il ne faut pas absolument *séparer* les deux espèces ; mais il faut néanmoins les *distinguer* à cause de la technique très différente qui les régit. C'est ce que nous faisons. Nous considérons l'obligation de donner comme un *acte de disposition* distinct des autres obligations. Grotius parlant des effets des contrats les divise en deux catégories qui correspondent bien à notre distinction, et cependant il appelle « promesse de donner » l'acte de disposition « *Promissio est*, dit-il, aut via ad alienationem rei, aut alienatio

constitue une hypothèque sur son bien *s'oblige* aussi à respecter dorénavant le droit de préférence et le droit de suite du créancier hypothécaire. Il y a donc une certaine espèce d'effet obligatoire même dans l'acte de disposition le plus purement *réel* (sans parler, bien entendu, des obligations incidentes qui peuvent résulter postérieurement de l'acte de disposition lui-même, telle l'obligation de garantie en cas d'éviction qui peut entrer en jeu après une vente. Mais les obligations de ce genre ne sont pas le contenu principal du contrat. Spécialement stipulées, ce sont des clauses accessoires et éventuelles ; sinon, elles sont de nature *quasi-contractuelle*). Mais, en s'en tenant à l'acte de disposition lui-même supposé réalisé, si l'on veut, en creusant trop le sens des termes, abandonner leur acception courante et usuelle, on peut montrer qu'il appartient, ainsi que nous venons de le faire voir, à la catégorie des actes d'obligation, *lato sensu* (sens de l'art. 932).

Il n'en reste pas moins vrai que la distinction entre l'acte de disposition et l'acte d'obligation personnelle appartient à la science juridique. Dans les termes où nous venons de la poser, elle est de sens commun. Or le droit est la science des concepts pratiques. Pour atteindre son but, pour ne pas manquer son objet, il doit prendre ces concepts tels que le mouvement de la vie pratique les engendre et les compose. Il doit réaliser cet idéal d'habileté qui consisterait à appliquer l'attention sur ces idées sans les déformer aucunement. Il faut saisir en soi, au passage, en arrêtant le moins possible leur cours naturel, ces intuitions pratiques qui sont pour le juriste ce qu'est le monde extérieur pour le naturaliste, monde intérieur infiniment plus frêle, plus fugitif, plus

particulæ ejusdam nostræ libertatis. *Illuc pertinent promissa dandi ; huc promissa faciendi* ». *De jure Belli ac Pacis*, Lib. II, § 4.

ondoyant, plus divers que les combinaisons les plus fragiles de l'autre ! Il faut réaliser ce paradoxe de pouvoir à la fois être à la fenêtre et se voir passer dans la rue ! (1). Cette distinction entre l'acte d'obligation et l'acte de disposition existe, croyons-nous, dans la conscience populaire : pour le moment, cela doit nous suffire et nous pouvons partir de là.

Si nous continuons à fixer sur elle notre attention, nous ne tarderons pas à apercevoir de graves différences dans la sanction juridique correspondant logiquement à chacun de ces deux actes. De par son essence même, l'obligation simple est douée de deux particularités caractéristiques. 1<sup>o</sup> Elle est *générale quant à son application*, c'est-à-dire qu'elle frappe d'une manière globale la personne et les biens dont elle est maîtresse. 2<sup>o</sup> Elle ne donne droit à *aucun privilège d'antériorité*. La première de ces particularités se rapporte, qu'on le remarque, aux relations *spatiales*, la seconde aux relations *temporelles* ; de sorte qu'en résumé on peut dire que l'obligation personnelle est au-dessus de l'espace et du temps, indifférente à l'espace et au temps. Sans doute l'*exécution*, volontaire ou forcée, l'individualisera ; mais jusque-là elle est une pure manifesta-

(1) « Si l'on cherche quel est le sujet au sein duquel le droit positif a sa réalité, on trouve que ce sujet est le *peuple*. C'est dans la *commune conscience du peuple* que vit le droit positif » (Savigny). Les juristes allemands font un bruit peut-être exagéré au sujet de cette « *Volkstümliche Rechtsbewusstsein* ». Le rôle de la science du droit consiste uniquement à donner plus de clarté à ces concepts qui n'existent chez la plupart qu'à l'état de vague conscience, et surtout à les *nommer*. Plus peut-être en droit qu'en aucune autre science, la terminologie est la *charpente de la pensée*. Le droit des obligations conventionnelles est d'ailleurs susceptible plus qu'aucun autre de cette analyse quasi-géométrique. Savigny a très bien dit : « On peut admettre en principe que le droit des biens considéré comme institution de droit privé ne renferme *aucun élément moral* ». *System.*, tome 1, § 56. C'est donc la pure analyse des faits et des intentions qui constitue ici la science. Le droit consiste ici, pour une très grande mesure, en analyses psychologiques.

tion de volonté douée *in abstracto* d'un effet obligatoire. C'est avec raison que Von Ihering (*Esprit du Droit romain*, IV, p. 37 de la trad. Meulenaere) conteste la vérité d'une assertion émise par un autre juriste allemand (Salpius, *Novation und Delegation nach römischen Recht*, 1864, p. 184), assertion consistant à dire que l'obligation est individualisée *par son objet*. C'est vrai, sans doute, en ce sens que le contenu de l'obligation sert à la distinguer des autres obligations. Mais ce n'est pas plus le contenu de l'obligation qui l'individualise que le liquide contenu dans un récipient n'individualise ce récipient. La véritable essence du droit de créance réside dans la manifestation de volonté *en tant que forme*. C'est ce qu'exprime très bien Von Ihering en disant : « L'obligation est pour ainsi dire une enveloppe vide d'une élasticité indéfinie dans laquelle les parties peuvent enfermer autant et si peu qu'elles veulent et qu'elles peuvent fermer à volonté. Libre à elles de prendre pour plusieurs objets une ou plusieurs enveloppes, mais chaque enveloppe fermée (contrahere) constitue une obligation et par conséquent une action ».

Il suit de là que la sanction de la simple obligation personnelle ne soulève que des difficultés d'interprétation psychologique (1). Détachée de la propriété, elle est débarrassée

(1) V. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, n° 1. Au début même de cette pénétrante analyse, l'auteur appelle l'attention sur le caractère abstrait et rationnel de la doctrine des obligations séparées de tout déplacement de propriété. « Il s'agit, dit-il, de préciser les différentes formes sous lesquelles peut se manifester la volonté dans le domaine des conventions humaines et d'étudier les effets qu'elle peut produire : il semble donc qu'il suffise pour les décrire de raisonner juste et d'être logique ». Une fois admis que, selon l'énergique et pittoresque expression de Loysel, *on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles*, il suffit d'analyser avec sagacité l'étendue de ces paroles. Il faut pour cela avoir le sens de l'observation intérieure, le don de traduire les intentions « sans rien de trop ni rien de manque ». Dans cette casuistique élégante, les jurisconsultes ro-



des difficultés qui pourraient naître de l'incorporation dans les choses de droits nouveaux et du conflit de ces droits. Jusqu'au moment de l'exécution, elle reste dans la zone des faits *officieux*, si l'on peut ainsi dire. C'est un *fait juridique* qui oblige d'une manière analogue à l'obligation qui naît d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit ou d'un délit, avec cette seule originalité distinctive qu'ici le *fait* générateur de l'obligation, c'est une *déclaration de volonté donnée comme irrévocable et reçue dans le même esprit*. C'est l'accord de volonté qui est ici le fait générateur de l'obligation. Comme les obligations délictuelles, les obligations conventionnelles s'ajoutent pêle-mêle sur la tête de l'obligé, sans distinguer entre les dates.

L'effet juridique qui naît ainsi est une espèce de *responsabilité*. A proprement parler, ce n'est pas d'*exécution* qu'il faudrait qualifier l'acte qui met fin à l'obligation. Le mot des Romains *solutio* était plus exact. Il faudrait dire qu'on exécute (*ex-sequi*, suivre, se conformer à) la promesse, et que par là on se délie (*solvere*) de l'obligation, *vinculum juris*.

En un mot, comme l'exprime très nettement, dans son grand ouvrage anglais sur les contrats, Sir Fréd. Pollock : « La marque spécifique du contrat est la création d'un droit non à une chose, mais à un acte à venir d'une autre personne » (*The specific mark of contract is the creation of a right not to a thing, but to another man's conduct in the future*).

A l'opposé de ce schème précis et mathématique de l'obligation personnelle, l'acte de pure disposition manifeste pour caractères distinctifs, dans la conscience populaire, d'être 1<sup>o</sup> *individualisé par son objet* ; 2<sup>o</sup> de produire à sa date (*du*

mais ont excellé et on n'ira jamais plus loin qu'eux pour la souplesse de l'intuition et la netteté de l'analyse. Leurs qualités de psychologues viennent avant leurs qualités de dialecticiens.

*moins il en serait ainsi dans l'intention des parties*) un effet irrévocable et objectif d'aliénation (1). La personne en effet, dans un tel acte, n'agit qu'à *cause de la chose* et du droit qui est supposé lui appartenir ou devoir lui appartenir sur cette partie du monde extérieur. Les droits sur les choses peuvent être considérés comme des entités objectives à l'occasion desquelles le commerce s'établit. Dans ce commerce, l'agent actif c'est, sans doute, la personne ; mais il lui est possible, si elle veut, de laisser en dehors des négociations cette responsabilité absolue que nous avons vue au premier rang dans l'autre type de convention, pour réduire les opérations à des déplacements purement économiques. Les choses étant alors seules en scène, ce sont elles qui représentent les seuls individus. Le bénéficiaire du contrat ne peut exiger que la libre possession de la chose *telle qu'elle se comporte* et dans les limites, bien entendu, de la possession ou du dessaisissement stipulés par le contrat. Comme l'a dit Von Ihering dans le passage visé plus haut : « Autant de *faits obligatoires*, autant d'actions personnelles, telle est

(1) Tout en étant objectif, cet effet peut bien entendu se compliquer de modalités (termes, conditions). Mais ce sont des termes, des conditions *rei non personæ dicti*. La personne n'a qu'à *respecter* la loi qu'elle fait à sa chose. Cette loi s'imprime (si la sanction légale est exactement calquée sur les volontés conçues *in rem*) immédiatement dans le droit de propriété, s'y incorpore. Bien entendu, ceci n'est dit que sous la réserve des conditions établies en faveur des tiers par les diverses législations : c'est ici de la pure analyse philosophique destinée à préparer l'étude des règles positives. En général (sauf dans notre Code), le droit de suite est refusé aux aliénations non suivies de *réalisation*. Le Landrecht prussien, au titre 19, où sont distinguées deux sortes de droits sur la chose d'autrui, (« Von dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigentum ») dit expressément et dans une formule très philosophique : « *Persönliche Rechte zu einer fremden Sache äussern ihre Wirkung auf dieselbe nur so lange als die Sache sich noch im Besitze des persönlich Verpflichteten befindet.* » Cette façon de formuler le principe cadre très bien avec la conception exprimée au texte.

la règle qui s'applique à l'obligation. Celle qui s'applique à la propriété s'énonce comme suit : *Autant d'objets, autant de revendications*. La nature, c'est-à-dire l'*objet lui-même*, détermine dans tels cas particuliers l'étendue de la notion de propriété. *Le droit et l'objet sont intimement confondus* : c'est ce qu'exprime l'usage linguistique qui nomme *la chose* au lieu du *droit*. »

Donc, tandis que l'obligation personnelle semblait au-dessus du patrimoine et indépendante de lui, l'acte de disposition est localisé dans les choses. Quel que soit son objet (ce peut être une chose future, même problématique) il se rapproche toujours de la chose au point de s'identifier avec elle (1).

Consistant ainsi dans la chose même, l'acte de disposition doit donner lieu, quant à sa sanction juridique, à des problèmes d'un genre plus complexe que les difficultés que nous avons signalées pour l'obligation personnelle. Quand la *personne* s'oblige d'une manière générale comme absolument répondante, il y a sans doute lieu parfois de se poser la question de savoir s'il n'y aurait pas des motifs suffisants d'utilité sociale ou de charité pour attribuer un effet privilégié à certaines obligations personnelles, soit abstraites, c'est-à-dire de pur ouvrage personnel, soit même conclues à propos de biens déterminés devant être employés à la prestation, en reconnaissant au profit du bénéficiaire une préférence spéciale (2). Par exemple, quand une personne s'est *engagée*

(1) C'est par suite de cette identification de la chose et du droit qui porte *immédiatement* sur elle que les droits réels *immédiats* sont appelés *corporels*, tandis que le droit *médiat ad rem in personam*, visant de plus loin les choses, est *incorporel*. Tous les droits en réalité sont incorporels : ils consistent dans une faculté reconnue par la loi.

(2) Nous pensons ici particulièrement à la difficulté qu'on éprouve parfois à justifier le droit de suite du locataire dans la doctrine qui range le louage parmi les actes de simple obligation. .

*personnellement à procurer à une autre la jouissance d'un bien, sans lui aliéner ce bien, ce n'est pas, sans doute, un acte de disposition. Stricto jure, on ne peut déduire de cet acte d'obligation que les conséquences dérivant nécessairement de son essence logique, de son concept mathématique. La personne seule était répondante. Elle a aliéné ensuite le bien qui servait de moyen à la prestation. Le créancier n'a qu'une action personnelle. Mais il appartient à la loi qui veut assurer d'une manière privilégiée la sanction de l'obligation ainsi contractée de déclarer qu'elle créera au profit du créancier un droit sur la chose. C'est le domaine de la *benigna interpretatio*. *Utilitatis causa*, la loi ajoute aux conséquences logiques de l'acte une conséquence de faveur, une conséquence illogique, pour tout dire en un mot, un *privilège*. Mais nous ne parlons pour le moment que des effets essentiels qui résultent des concepts juridiques. Il est évident à ce point de vue que l'acte de disposition se distingue de l'acte d'obligation en ce qu'il tend à introduire dans les choses des droits nouveaux conformes à l'intention des parties, mais doués, une fois cette intention émise, d'une existence objective indépendante et durable. L'objectif est ce qui dure en dehors du sujet.*

Ces déductions nous conduisent au problème fondamental qui est l'idée maîtresse de cette étude : *la création du droit réel par les manifestations de volonté privée*. Pour faire maintenant saisir toute l'importance philosophique et historique de cette grande question, il nous faut compléter cette introduction par une deuxième partie consacrée à la définition de ce concept de *réalité* rencontré ainsi sur notre route.

## II. — *Définition de l'effet « réel » d'un acte de disposition.*

Il n'est peut-être pas inutile de faire expressément remarquer que l'objet de cette étude n'est d'étudier le droit réel que quand il résulte *d'un acte de disposition*. Il est, dans ce cas, le résultat normal de l'acte, quoique ce résultat ne soit en fait atteint, on le verra, qu'assez tard dans l'histoire. Il y a, au contraire, une espèce de droit réel qui se caractérise comme un *privilege réel* consistant en un droit de préférence et de suite attribué à certaines *obligations* personnelles sur des objets déterminés. La loi peut assurer sous cette forme une *sanction privilégiée* à des conventions qui, d'ailleurs, de par leur nature, étaient purement conçues comme personnelles et ne contenaient pas, selon l'intention des parties, une translation ou un démembrement de la propriété. Pour fixer les idées, le louage, d'après l'opinion la plus générale, n'est qu'une convention personnelle et non réelle. Ce n'est donc pas, selon notre terminologie, un acte de disposition, mais un simple acte d'obligation. Dès lors le droit de suite attribué à cette créance par l'article 1743 du Code Napoléon appartient à la classe de ces *privileges réels* dont nous parlons. Ce sont des créations de la volonté légale et non de la volonté des parties. Sans doute, en pratique, leur résultat est en beaucoup de points comparable à celui des droits réels conventionnels. Mais la science du droit s'élève au-dessus de la simple routine en ce qu'elle s'occupe au premier rang de fixer les concepts fondamentaux, les idées organiques qui soutiennent les réglementations positives, mais les dominent, les ordonnent, les systématisent et permettent de les modifier d'une manière rationnelle (1). Le *privilege* de réalité attaché à une

(1) « Le droit apparaît à un œil exercé comme un organisme logique



obligation permet au titulaire d'obtenir, en cas de déconfiture, une satisfaction exclusive et directe sur la chose qui est ainsi soustraite à la loi commune et au concours des droits de gage généraux. De sorte qu'en considérant les espèces de ce genre, un juriste allemand, Pflüger, dans une série d'études sur l'essence de la Réalité « *Wesen der Dinglichkeit* » (insérées dans la Revue « *Archiv für die civilistische Praxis* », t. 79, p. 406 et suiv. et t. 83, p. 352 et suiv.) a pu dire que le droit réel ne se définissait que par la préférence en cas de « *Konkurs* ». Il faudrait, selon lui, renoncer à la vieille conception selon laquelle le droit réel est un droit absolu sur la chose. La maxime *Dinglichkeit ist Absolutheit* est, à ses yeux, une véritable erreur depuis longtemps vaincue, mais à laquelle on revient toujours, *ein, wie es schien, längst überwundener Irrthum*. Il faudrait aussi, selon ces doctrines, renoncer à la distinction que faisaient les Romains entre ces deux genres d'action, l'*actio in rem* et l'*actio in personam*, distinction trop artificielle pour être appliquée à tous les cas. Nous croyons, au contraire, parfaitement possible de sauver cette règle si précieuse que le génie des juristes romains plaçait au seuil même de leur science (1, *Institutes*, IV, 6) et d'y faire encore entrer tout le droit des actions, à condition de ne pas confondre avec l'action réelle, l'action *personnelle* privilégiée dont nous avons indiqué la physionomie.

Reportons donc notre pensée sur l'acte de disposition, à l'exclusion de l'acte d'obligation, et définissons l'*effet réel* pour ce genre de convention.

Nous semblerions peut-être jouer sur les mots en disant que l'acte de disposition *qui a un effet réel* est l'acte qui, de simple acte intellectuel ou volitif, devient *une réalité légale*.

d'institutions et de définitions juridiques ; à un œil moins exercé il ne présente qu'un ensemble de règles » (R. Von Ihering).

Cela nous mettrait cependant sur la voie de l'explication. Qu'est, en effet, de par son essence (il faut toujours en revenir au schème mathématique de la figure) l'acte de disposition ? La simple étymologie du mot nous l'indique : *dis-ponere*, c'est créer un arrangement économique, entre divers individus, au moyen des biens. C'est exercer, avec les droits pour matière, dans le domaine économique, la faculté architectonique que l'imagination humaine exerce, avec les matériaux physiques pour moyens, dans le domaine artistique ou industriel. Les droits sur les choses sont *un aspect* de ces *choses*, une qualité que la vie civilisée leur ajoute. Pour l'animal, une chose n'est qu'un faisceau de qualités physiques ; pour l'homme, elle est de plus un faisceau de droits. L'acte de disposition est un déplacement de droits : c'est donc un déplacement intellectuel des choses.

Mais si le déplacement physique présente, du moins pour l'expérience superficielle (1), un concept relativement simple, combien plus nombreux et plus difficiles sont les éléments à mettre en jeu pour le déplacement d'un droit ! Le droit est, en effet, une relation entre un objet, terminaison passive du droit et un sujet, origine active de ce droit. Un droit est une faculté d'action reconnue par la loi et sanctionnée par elle. Un droit sur une chose, soit le droit intégral de propriété ou n'importe quelle capricieuse coupure de ce droit, est une faculté d'action ou de possession, *lato sensu*, reconnue à *une personne sur une chose*.

Pour déplacer le droit sur la chose, il faudra donc déplacer

(1) Nous avons soin de faire expressément la réticence. Le concept du *mouvement* est métaphysiquement inexplicable : on n'a jamais pu réfuter à ce sujet les arguments pyrrhoniens. Heureusement les hommes n'ont pas attendu pour se mouvoir d'avoir l'idée claire de ce qu'est un mouvement !

ce poids immense qui consiste dans la sanction légale. Le droit du propriétaire, en effet, se fonde sur cet ensemble de circonstances à savoir que la collectivité le considère comme doué de ce droit et qu'elle est prête à lui en assurer l'exercice. On n'est propriétaire, on n'a le *jus in re* que si, *actuellement*, la conscience nationale vous reconnaît comme titulaire *investi* du droit. Il faut, selon le mot énergique des Romains, être propriétaire de par la volonté des citoyens, *dominus ex jure Quiritium*. Donc, pour réaliser ce déplacement juridique proprement dit, pour rendre propriétaire entièrement ou partiellement *celui qui ne l'était pas* et pour faire cesser de l'être, partiellement ou totalement, *celui qui l'était*, pour créer, en un mot, un véritable *jus in re*, il faut opérer ou du moins il faut qu'il s'opère expressément ou *de plano*, dans le grand livre de la loi, une vaste *transcriptio a personâ ad personam* du droit relatif à la chose qui est objet du déplacement juridique.

Ce déplacement, dont le concept, par l'habitude, nous est devenu si familier que la difficulté ne s'en aperçoit pas, est donc en réalité un fait très laborieux et dont nous sommes par suite autorisé à soupçonner qu'il a une histoire et même une préhistoire longue, pittoresque, attirante. *Déplacer la propriété* (et ce mot est pris dans notre titre pour désigner tous les *jura in re*) c'est donc pour la *volonté privée* un pouvoir des plus remarquables, des plus curieux pour qui peut arriver par la méditation philosophique à s'étonner des choses que l'habitude a rendues, pour la majorité de ceux qui les contemplent, absolument vides d'étonnement. Or c'est dans ce déplacement que consiste la *réalisation légale* de l'acte de disposition que nous étudions.

Supposons, en effet, que je conçoive un arrangement économique plus favorable pour moi que l'arrangement actuel.

Je suis propriétaire (pour prendre le *jus in re* le plus simple) d'une vigne et je pourrais mieux m'accommoder d'un champ. Je connais le propriétaire d'un champ qui préférerait avoir ma vigne. Après l'idée du *mieux* née dans chacun de nos esprits, viendra bien vite (si vite qu'Adam Smith a mis la faculté d'échange au nombre des facultés innées de l'homme) viendra, disons-nous, bien vite la conception imaginative de *l'accord possible*, du *troc* à intervenir. C'est l'élément matériel du rapport de droit (1). S'il s'agissait d'une thèse de psychologie juridique, chacun des degrés de ce processus nous ouvrirait les plus longues discussions. Mais ils'agit ici d'autre chose. Une fois le *desideratum* conçu comme *possible* par la volonté, une fois même l'accord obtenu, le plus difficile reste à faire : c'est de *réaliser légalement l'arrangement*, de l'incorporer dans le droit des choses, le « Sachenrecht » de manière à *substituer* cet ordre nouveau à l'ancien, de sorte que, au lieu d'être moi-même propriétaire de la vigne que je livre officieusement à mon voisin, ce soit mon voisin qui le soit *proprio nomine*, immédiatement, *erga omnes*, et qu'en revanche mon voisin cesse d'être propriétaire du champ qu'il me livre, pour que je devienne légalement le *dominus* de ce champ (2). Pour

(1) « Tout rapport de droit se compose de deux éléments : 1° une *matière donnée*, c'est-à-dire la relation elle-même ; 2° *l'idée du droit*. Le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de droit, *comme un simple fait* ; le second comme l'élément plastique, celui qui anoblit le fait et lui imposela *forme du droit* ». Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome I, § 52 (trad. Guenoux). Et ailleurs : « Si l'on veut examiner tous les éléments qui entrent dans un rapport du droit, on y trouve infailliblement une règle de droit et un fait répondant à cette règle, une loi par exemple qui reconnaît le contrat et le contrat lui-même ».

(2) Von Ihering (p. 48 et suiv. du tome 1<sup>er</sup> des *Jahrbücher*, préface générale) appelle ce fait *la création de rapports de droit concrets, die Begründung concreter Rechtsverhältnisse*. Il rapproche le concept de ce Pouvoir du concept de l'*Autonomie*, qui était, comme on sait, un privi-

les hommes de notre temps, surtout en France (1) (quoique la loi de 1855 sur la transcription puisse sembler réagir un peu), aujourd'hui, disons-nous, cette réalisation légale de l'acte de disposition semble rentrer dans les pouvoirs *naturels* de la volonté. Mais il n'est rien de tel que de remonter en arrière pour apprendre à discerner dans le régime usuel la somme de perfectionnements laborieux dont nous jouissons à notre insu. L'histoire du droit est une analyse en action. A condition de s'éclairer au préalable par des méditations philosophiques sur le présent (car, selon le mot de Claude Bernard, « celui qui ne sait pas ce qu'il cherche ne comprend pas ce qu'il trouve ») à cette condition, on verra, en remontant le cours des âges, se détacher peu à peu, à droite et à gauche de la route, les divers affluents qui ont formé ce flot, en apparence éternel et homogène de l'état présent. On apprend à se méfier des explications faciles qui consistent à tout déduire d'une nature humaine ou d'une nature des choses supposée toujours aussi riche, aussi perfectionnée qu'elle l'est aujourd'hui. On apprend à considérer le présent comme un total accru des lentes alluvions du passé et destiné à s'accroître aussi des alluvions de l'avenir. On apprend à mieux aimer les hommes, les choses, les institutions quand on les voit ainsi formés par une pénible et incessante agglomération, de la cendre de tant de choses mortes ! (2). En particu-

lège appartenant à certains membres de la haute noblesse en droit germanique, et grâce auquel ils pouvaient créer des droits sans l'intervention de la puissance publique.

(1) Le droit allemand contemporain présente en effet encore un *contrat abstrait d'aliénation* qui vient, après l'accord consensuel, *opérer le déplacement réel*. Nous aurons à en reparler.

(2) « Dans des études abstraites et arides au premier abord, nous assistons à la vie intime de l'humanité : la naissance, les progrès, les hésitations même et les reculs de la civilisation se déroulent devant nos yeux, nous montrant la liaison intime de l'histoire, du droit et de la philoso-



lier, dans l'étude du déplacement économique de la propriété, le droit romain nous montrera combien les premiers hommes ont été au début frappés de l'énorme difficulté inhérente à l'essence du déplacement des droits. Ils ont senti quelle puissance d'inertie sociale il y avait à vaincre pour arriver à modifier la répartition des biens et des droits entre les individus de façon à ce que, de par la volonté d'un des titulaires de ces droits, des titulaires nouveaux et variés fussent créés qui pussent, en leur propre nom, revendiquer *directement* envers la société sur la chose (*jus in re*) le bénéfice conféré. Pour vaincre cette résistance, des instruments grossiers, mais ingénieux ont été imaginés. Ils sont, par rapport aux moyens énergiques dont nous disposons aujourd'hui, comme le moulin à bras que tournait lentement le pauvre esclave par rapport à une de nos grandes minoteries mécaniques. Mais, grossiers et lents comme ils étaient, ces instruments avaient une technique rigoureuse. Ils ont été maniés par les esprits les plus juridiques qui puissent jamais exister. Cette technique nous a été transmise dans de merveilleux fragments où la raison brille d'une lumière si douce et si pure qu'on a pu dire d'eux qu'ils étaient « la raison écrite ». Je ne sais si c'est l'amour de ce sujet longtemps médité qui m'abuse, mais il me semble que, si l'on avait supprimé du droit romain ce problème du déplacement réel de la propriété, l'activité des jurisprudents n'aurait jamais acquis les qualités qui la distinguent. C'est la distinction, mieux, la *lutte* entre la volonté privée individuelle et l'effet réel qu'elle pour-

phie ». Paget, *Essai sur la mise en demeure*, p. 6.

« Les sociétés politiques sont des corps vivants de même que le corps humain ». J. B. Say, *Cours d'économie politique*. Et M. P. Bourget a parlé dans la dédicace d'Outre-Mer de ces « terres d'histoire où il y a des morts derrière ceux qui vivent », t. I, p. III ; « terres pétries de la poussière des morts », t. I, p. 10.

suit, mais n'atteint pas toujours, c'est, disons-nous, ce conflit qui a été le stimulant de l'analyse juridique. Le *jus in re* a été comme l'élément inerte, hostile, qui venait compliquer les questions, susciter les distinctions, provoquer les biais ingénieux, en un mot, surexciter l'esprit d'analyse (1). Les développements postérieurs montreront comment cette préoccupation de l'acquisition du *jus in re* est partout présente dans les problèmes du droit romain, comment elle donne la clef des bizarreries apparentes qui deviennent, une fois cet obstacle indiqué, la marche logique d'un esprit clairvoyant. Supprimez, ou négligez l'idée du *dominium ex jure Quiritium*, le droit romain apparaîtra comme un monstre incompréhensible à contorsions absurdes. Cette lutte triompha peu à peu de la résistance. Le déplacement réel de la propriété devint de plus en plus facile. Tout le progrès du droit romain se résume là aussi. Mais ces progrès sont loin de se faire sous la forme brutale d'une ligne droite. L'édifice se construit à grand renfort d'échafaudages. Il est curieux d'en discerner les singulières figures et d'en retrouver les traces. Nous aurons surtout à suivre dans le détail les ingénieuses constructions que le préteur romain, sur la seule base de son pouvoir annuel de juridiction, réussit à élever à côté de la dure bastille de l'*ipsa jus*. Nous suivrons ces progrès jusque dans le droit contemporain, continuation du droit romain et des innovations prétoriennes. Nous rencontrerons cependant sur notre route, à l'entrée des temps modernes, une sorte de reproduction sous une forme plus embryonnaire, plus humble, plus pâle, de la majestueuse construction ro-

(1) Il joue par rapport à la volonté le rôle hostile ou au moins inerte que joue dans la métaphysique platonicienne la matière première, l'*ὑλη πρώτη*, par rapport aux Idées, puissances architectoniques, demiurges divins.

maine : c'est le droit germanique. Les renseignements sont rares et très vagues sur cette évolution, comme d'ailleurs sur les évolutions juridiques accomplies dans les pays autres que le Latium. Ce droit germanique était semblable à une plante touffue, mais sans tronc rigide, qui émet sur le sol où elle traîne des frondaisons vagabondes et incertaines. Elle rencontra le grand chêne planté et activé par les robustes conquérants du monde ; elle s'y accrocha et se perdit dans sa ramure. Après cet épisode, nous pourrions présenter le tableau synoptique, en quelque sorte, de la position actuelle des diverses législations en ce qui concerne cette question du déplacement réel.

Notre époque a apporté dans le débat des *desiderata* nouveaux, des moyens nouveaux aussi. Le pouvoir de déplacement réel, au lieu de rencontrer des difficultés d'essence rationnelle, comme au début, à Rome, a rencontré, après avoir vaincu celles-là, des difficultés de nature utilitaire. Une fois conquis sur la société, ce pouvoir s'est révélé *gros d'inconvénients*, à raison de son étendue même. Comme il arrive souvent, à la conquête des libertés une fois réalisée, a succédé la lutte contre ces mêmes libertés, et les observateurs chagrins peuvent railler l'humanité sur ces mouvements aveugles de va-et-vient. Mais, en réalité, s'il y a va-et-vient, c'est, comme on l'a dit, en spirale, c'est-à-dire en montant toujours. Dans le domaine juridique, comme dans le domaine économique, notre époque est préoccupée du souci d'*harmoniser la liberté en la réglant*. Nous verrons ici aussi la division des écoles diverses, nuancées selon le degré, la sympathie qu'elles éprouvent respectivement pour la *liberté* ou pour l'*ordre imposé d'autorité*. Dans cette question du déplacement juridique des droits, l'individualisme et les diverses formes de socialisme disent, nous le verrons, leur mot et

leurs discussions y prennent les plus amples proportions (1). Sur ce sujet, comme sur les autres, les nations se parlent par dessus les frontières, réunies par les communes préoccupations, encore plus que séparées par les jalousies mutuelles. Sans y insister longuement nous dirons la direction générale de ces études internationales.

Ici, comme partout, le problème est de sauver la liberté en tant que puissance de bien, tout en la réfrénant en tant que puissance de mal. Scission difficile par dessus toutes ! Nous n'aurons d'autre ambition que de fournir une idée fidèle des desiderata en présence et des solutions principales, entre lesquelles il faut hésiter quand on veut régler l'activité sans la mutiler ni la comprimer. En matière de constitution de droit réel, l'individualisme s'appelle *spiritualisme*, car il se préoccupe surtout de régler le droit sur *les intentions*. Le socialisme s'appelle : régime de *légalité* de l'inscription et de *garantie publique*, car il se préoccupe, en contrôlant la légitimité de l'inscription, de fournir aux citoyens un état légal officiel des droits, sacrifiant, à la rigueur, à ce besoin de précision et de publicité le principe de l'autonomie de l'activité individuelle. Le moyen terme, constitué par un *individualisme corrigé par des réglementations appropriées*, c'est le régime de publicité simple. C'est le régime qui existe en France et il semble bien que, moyennant quelques améliorations de détail, il puisse constituer le *modus vivendi* définitif des sociétés civilisées.

Ce système, en effet, a l'avantage de ne jamais aller à l'en-

(1) Ce mot de socialisme, trop trainé dans la polémique contemporaine, ayant une signification très variable, nous avons soin de dire dès à présent que nous désignons par là seulement la tendance générale à faire échec dans l'intérêt public et sous n'importe quelle forme à la liberté individuelle. Le socialisme cultive l'idée de solidarité, tandis que l'individualisme se plaît davantage à l'idée de liberté.

contre des volontés individuelles. Celles-ci demeurent l'unique ferment d'activité et de progrès. C'est un système juridique qui se meut de lui-même, les droits n'existant jamais en dehors ni au delà de la volonté créatrice. La loi n'intervient que pour *conditionner l'efficacité du pouvoir* dans les cas et dans la mesure indispensables pour obvier aux dangers imminents. Partout où n'existe pas le mal, la liberté est complète. La réglementation est donc aussi discrète que possible, puisqu'elle attend pour intervenir qu'un préjudice motive légitimement et expressément son intervention. Hormis cette limitation salutaire, la volonté est la seule puissance agissante. Elle seule à son gré déplace, modifie les droits des choses pour ouvrir au progrès une voie plus commode. L'Univers juridique s'harmonise sur la raison humaine. Quelle mécanique serait préférable ? Dans ce système, le droit réel est aussi près que possible de la volonté privée. La puissance sociale a, en quelque sorte, donné à la puissance individuelle carte blanche, blanc seing quant au déplacement des droits et, pour opérer ce déplacement, il n'y a qu'une condition nécessaire, mais suffisante, c'est-à-dire unique, le *consentement*. Tout formalisme est donc éliminé. Le maximum est atteint en matière de spiritualisme, puisque le monde des droits réels n'a d'autre consistance que les volontés mêmes. L'identité du sujet et de l'objet est réalisée et l'on peut dire ici, avec Hegel, que « tout ce qui est *réel* est rationnel ».

L'activité individuelle délivrée de toute entrave se surexcite par l'effet même de sa puissance. Il était réservé à la France d'ouvrir toutes grandes les écluses de la liberté en matière juridique, comme des autres libertés et de donner ainsi à l'individualisme son suprême couronnement. Que maintenant, sans nul obstacle, sous la poussée féconde de l'initiative individuelle, la société élimine de plus en plus le



mal de son sein. Le desideratum final en matière juridique est atteint ; c'est la plus grande intensité possible de vie et d'activité ; c'est, comme l'a dit le poète, « l'œuvre faite se ramifiant en innombrables œuvres à faire ; un perpétuel recommencement sorti d'un perpétuel achèvement ; en tout lieu, à toute heure, sous la hache féconde du progrès, l'admirable renaissance des têtes de l'hydre sainte du travail » (V. Hugo, Paris). Et pour cela la condition « *sine qua non* » c'est la simplification du mécanisme juridique. Pas de rouages inutiles qui grincent ; mais seulement, comme le dit encore le poète, le léger bourdonnement « des initiatives en éveil et en quête faisant *le même bruit d'ailes que les abeilles !* »

#### DIVISION DES MATIÈRES

Ces préliminaires indiquent les parties essentielles des développements qu'exige notre titre et l'ordre suivant lequel nous devons les aborder. La convention de disposition passe théoriquement par deux phases, qui, en fait, peuvent se confondre, mais que l'analyse doit distinguer. La première phase est celle de la *formation consensuelle* de l'acte de disposition, en vertu des conditions requises pour qu'il soit *un contrat*, abstraction faite de la *réalisation* légale du règlement qu'il opère d'ores et déjà *intentionnellement, psychiquement*, si nous pouvons ainsi dire. La seconde phase est celle du déplacement réel qui s'opère dans le droit des choses en conformité de la volonté déjà exprimée par les intéressés. Pour cette nouvelle phase, il doit parfois intervenir des éléments nouveaux, une répétition solennelle de l'acte ou un élément de durée ou toute autre formalité solennelle.

De ces deux phases, la première peut être appelée *subjective* ; la seconde *objective*. La seconde n'est que la fixation de la première dans les choses. Elle ne doit rien y ajouter de nouveau. Ce ne sont pas deux actes juridiques : c'est l'histoire de la genèse du même acte : la *pensée* devenue *volonté* se figeant en *choses, res, droits réels*.

Dans une première partie, la moins longue, nous étudierons la phase *psychique* ou *consensuelle* de l'aliénation conventionnelle ; dans la seconde partie, beaucoup plus importante et plus intéressante, nous étudierons la phase *psychique* ou *réelle*.

## PREMIÈRE PARTIE

### PHASE PSYCHIQUE DE L'ACTE DE DISPOSITION.

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### LA PROMESSE DE LIVRER ET LE DROIT.

SOMMAIRE. — Qu'est-ce qu'une convention en général? Qu'est-ce que la *convention de transfert*, en particulier? Formes constitutives d'un acte et conditions de validité. — Formes constitutives de l'acte de disposition en tant que contrat. La *manifestation de volonté*: son essence. Cette volonté doit être irrévocable pour servir à former un contrat ou du moins se présenter comme telle, sans doute possible. Vices du consentement capables de détruire l'acte juridique légalement formé par manifestation valable de volonté. — L'*accord des volontés*; son essence; sa nécessité juridique. Raisons de cette nécessité. L'accord actif distingué du simple assentiment. Les principes sont-ils les mêmes en matière de constitution de droits réels? Discussion de cette question controversée. De la nécessité de la réponse par l'offrant à la suite d'acceptation à lui notifiée: c'est une question d'interprétation des volontés. Le « *jactus missilium* » et le transfert de propriété. Controverses à ce sujet chez les jurisconsultes romains. Il faut maintenir le principe de l'accord nécessaire de plusieurs volontés pour opérer transfert. — Conditions de *capacité personnelle* requises pour l'*existence* du contrat. Essence de la capacité de vouloir. Existence d'une cause intellectuelle. Essence de cette cause. A-t-elle besoin d'être exprimée ou bien la loi en présume-t-elle jusqu'à preuve contraire l'existence? Incapacités absolues de vouloir dans la doctrine juridique des romains: l'*infans* et l'*impuer*. — Règles de *capacité politique* ou nécessité de la participation au droit civil. Le droit romain et les « *hospitia* ». Le

Code Napoléon et l'article 11. — Contenu spécial *sui generis* de l'obligation de donner. En quoi cette obligation se distingue de l'obligation de *præstare*. Elle se réduit à une obligation de livrer « *rem habere licere* », ce qui justifie le principe qui met les risques à la charge de l'acheteur dès que le vendeur a donné son consentement. Cela n'exclut pas la mise en jeu de la responsabilité du vendeur en cas d'éviction réalisée ou même seulement imminente. Le texte d'Africain. — Sur quels *objets* peut porter l'acte de disposition. Droit de propriété et ses cisaillements. Le pouvoir de renoncer à la jouissance est inclus dans le concept de la propriété. Réserves en ce qui concerne le droit réel régi par des principes moins libéraux. Les choses futures. Les choses problématiques. La chose d'autrui. Chose hors du commerce. Effets divers de la prohibition d'aliéner. Inaliénabilité dotale. — *Actions en nullité* ouvertes contre les actes de disposition en tant que contrats. Vices du consentement. Essence intellectuelle de la cause. Eclaircissements à ce sujet sur le rôle du *nomen* dans la doctrine romaine des conventions obligatoires.

Le point de départ, l'occasion première de tout l'ensemble de questions dont nous venons, dans l'introduction précédente, de donner une vue anticipée, c'est la *manifestation d'une volonté individuelle*. Notre premier soin doit donc être, pour que cette étude du déplacement conventionnel des droits soit complète, d'établir en quelques synthèses rapides, la doctrine juridique relative aux *conditions dans lesquelles une convention est irrévocable*. Certaines des idées exprimées à ce sujet sont communes à la convention d'obligation et à la convention de disposition réelle. Toutes deux sont des faits juridiques. Toutes deux sont des manifestations de volonté ; et, quoique leur contenu diffère, leur forme commune les rapproche. Le Code Napoléon range d'ailleurs sous une même rubrique la *convention personnelle* et la *convention réelle*. Sous le titre troisième en effet « Des contrats et des obligations conventionnelles en général », il traite de l'*aliénation* autant que de l'*obligation conventionnelle proprement dite*, de l'*obligation de donner* et même de la *traditio* effective à

côté de l'obligation personnelle de faire ou de prêter, marquant bien ainsi que l'acte de disposition, malgré le caractère *réel* qui en fait l'originalité, appartient à la catégorie générale des actes juridiques de nature contractuelle et d'origine volontaire. Le Code n'a exclu de cette matière que la Donation entre vifs et le Testament. Nous verrons, à l'occasion, quelles raisons d'influence historique ont motivé ce plan assez peu rigoureux. Mais il est certain que la donation entre vifs et le testament appartiennent à la classe des actes conventionnels de disposition, ne se distinguant de l'obligation de donner que par le dessaisissement actuel qu'ils contiennent. La donation acceptée, le testament suivi de l'addition par l'héritier sont de vraies aliénations conventionnelles au même titre que l'obligation de donner, surtout avec l'interprétation que le Code donne à celle-ci (1).

(1) La donation entre vifs est, en effet, un *contrat* véritable qui aurait dû trouver place parmi les divers contrats étudiés par le Code, dans les articles 1387 à 2058, à la suite de la doctrine générale du contrat. Après avoir parlé des règles spéciales aux principaux contrats à *titre onéreux*, il serait logique de parler des règles spéciales au *contrat de bienfaisance*, contrat moins fréquent que les contrats intéressés de part et d'autre et soumis à des *formalités spéciales*, mais régi par les mêmes principes généraux. Enfin serait venue l'étude du testament, qui est aussi un contrat bilatéral quand l'acceptation est intervenue (*donation testamentaire*, dit très bien l'art. 711), mais qui se distingue des autres contrats en ce que l'acceptation ne doit intervenir qu'après la mort de l'offrant, de par l'intention même de cet offrant. Si les rédacteurs du Code avaient suivi ce plan, bien plus logique que celui qu'ils ont adopté, le *troisième livre*, précédé par le livre des *personnes* et le livre des *biens*, s'ouvrirait par l'étude des *contrats en général*, se continuerait par celle des *divers contrats* usuels à *titre onéreux*, puis par celle des *contrats de donation* « *lato sensu* » dont le testament serait une forme ; se poursuivrait par l'étude des *sûretés* réelles ou personnelles ajoutées aux droits conventionnels et s'achèverait enfin par l'étude de la *liquidation du patrimoine laissé vacant*. On a souvent remarqué, du reste, que la place naturelle de l'étude des successions est à la fin et non au début de l'étude des actes juridiques.



Avant, par conséquent, d'étudier le mode de sanction de l'acte de disposition, disons pourquoi et comment une manifestation de volonté lie ainsi en principe son auteur à des résultats irrévocables ; c'est la base première de notre sujet.

Dans tout acte juridique, il faut distinguer : 1<sup>o</sup> l'acte, *concours de faits ou d'apparences de faits* auxquels le droit attache des conséquences légales, modificatrices ou confirmatrices du droit existant. 2<sup>o</sup> Les conditions de validité de cet acte, c'est-à-dire les éléments qui sont, dans l'esprit de la loi, la condition *sine qua non* et les motifs indispensables pour la justification des conséquences précitées. Ce sont deux concepts bien nets. Le fait juridique n'est ainsi par lui-même qu'*un ensemble de formes* à la réunion desquelles la loi attache une présomption de modification de droit (1). Mais ce n'est qu'une présomption. Contre cette apparence la preuve contraire est permise toutes les fois que la loi détaille expressément les conditions de validité. Il appartient alors à celui qui veut combattre la présomption de fournir la preuve qu'elle est fausse et que les conditions de validité n'existent qu'en apparence. C'est la *preuve de la nullité*.

(1) C'est le sens où il faut admettre ici l'axiome scolastique « *Forma dat esse rei* ». On trouve dans Grotius (*De jure belli ac pacis*, liv. II, ch. IV, § 3), un remarquable commentaire de cette règle très générale du droit, en tant qu'elle s'applique aux actes de volonté. Nous nous permettons de transcrire cet important paragraphe. « *Juris effectus qui ab animo pendent non possunt tamen ad solum animi actum consequi nisi is actus signis quibusdam indicatus sit. Quia nudis animi actibus efficientiam juris tribuere non fuerat congruum naturæ humanæ quæ nisi ex signis actus cognoscere non potest. Qua de causa interni actus meri legibus humanis non subjacent. Signa autem nulla de animi actibus certitudinem habent mathematicam, sed probabilem tantum : nam et verbis eloqui aliud possunt homines quam quod volunt et sentiunt, et factis simulare. Neque tamen patitur natura humanæ societatis ut actibus animi sufficienter indicatis nulla sit efficacia. Ideo quod sufficienter indicatum est pro vero habetur adversus eum qui indicavit.* »

SECTION I. — **Apparences constitutives du contrat  
dispositif de droits réels.**

Ces apparences se résument dans une formule générale : *un accord de volonté, entre personnes légalement capables, sur une chose qui soit dans le commerce* (au sens latin du mot, *in commercio*). Il est facile de se convaincre que cette définition n'est que l'application, au cas particulier de la convention dispositive de droit réels, des principes généraux que formule le Code Napoléon touchant les conventions obligatoires ou obligations conventionnelles et touchant les aliénations conventionnelles (donations entre vifs et testament) dont il traite au titre II du livre III.

Analysons avec soin le contenu de cette définition.

Accord de volonté, d'abord, telle est la première apparence requise. L'accord de volonté est une *espèce* du genre : *manifestation de volonté*. C'est une manifestation de volonté exprimée en concours avec une autre volonté. Étudions-la d'abord en tant que manifestation unilatérale de volonté. Nous verrons ensuite le rôle de cet élément véritablement décisif, ici, l'*accord*.

Sur le premier point les développements déjà fournis dans les pages précédentes nous interdisent d'insister. La question de savoir s'il y a *manifestation de volonté irrévocable* est une question de fait. Les difficultés naissent surtout pour savoir si à l'*apparence* de volonté correspond une *réalité* psychique : mais il s'agit dès lors d'une *condition de validité*. Ce n'est plus l'article 1101 du Code Napoléon qui est alors visé ; c'est l'article 1108, 1<sup>o</sup>. Dans ce débat, c'est le *reus* qui doit fournir la preuve de ce qu'il allègue. *Reus in excipiendo fit actor*. Il

exige de l'absence d'une des conditions légales pour résister à l'effet des apparences qui le constituent *reus*. Ces apparences consistent dans les formes extérieures d'un acte de volonté régulier attesté par des moyens légaux de preuves. C'est, par exemple, un acte de vente sous seing privé dont il ne conteste pas les signatures. Les éléments extérieurs de l'acte constituent toutes les apparences d'un acte volontaire et irrévocable. Jusqu'à ce que le *reus* fournisse la preuve de l'absence d'un des éléments intérieurs, psychiques, déclarés par la loi indispensables à ses yeux pour *justifier*, sinon pour créer l'obligation, jusqu'à l'emploi de ce moyen de *destruction* de l'acte juridique, celui-ci existe et la loi le sanctionne.

Cette existence des formes extérieures du consentement n'est pas une circonstance indifférente et n'équivaut pas à l'absence de tout fait juridique, même au cas où la preuve peut être fournie que ces apparences sont trompeuses. Quand les formes extérieures n'existent pas, le prétendu obligé n'a rien à répondre, il a le droit d'attendre la preuve de celui qui invoque l'existence d'une manifestation de volonté. Si même le prétendu bénéficiaire de l'acte de disposition a une possession d'état conforme à ses prétentions, cette possession est un pur fait et pendant trente ans elle peut être combattue. Mais si ce même possesseur a un acte présentant toutes les apparences extérieures de validité, et dont la sincérité quant aux apparences qu'il relate ne peut être contestée, l'action en nullité compète seule à celui qui, quoique partie dans l'acte, prétend n'y avoir point réellement consenti *ayant été trompé* (dol) ou *s'étant trompé* (erreur) ou *ayant été violenté* (violence). Mais il doit ici faire la preuve du *vice* de consentement qu'il allègue et il faut que ce vice soit spécialement déclaré par la loi destructif de l'effet obligatoire. De plus, cette preuve n'est possible que pendant dix ans à dater du moment où l'action pouvait être intentée (art. 1304).

Si cette preuve n'est pas fournie, la volonté manifestée sera présumée valablement survenue. En dehors des exceptions limitatives des articles 1109 à 1117, un « oui » donné ne peut être rétracté, ce « oui » fût-il seulement *in ore* et non *in pectore*.

---

Mais il faut que ce « oui » ait été donné et reçu dans des conditions particulières pour qu'il opère ainsi la *ligature* de la volonté qui l'émet. C'est ce qui nous amène à l'importante étude du rôle de l'*accord* dans l'obligation que les conventions engendrent.

Ce n'est pas, en effet, la manifestation simple de volonté qui, de droit commun, constitue le fait juridique générateur d'obligation ou modificateur des droits réels. Sauf des hypothèses très rares qu'on est obligé de rechercher attentivement dans l'histoire ou dans les faits, c'est l'*accord* qui est la seule circonstance produisant l'irrévocabilité de l'acte de volonté.

Il est facile de se rendre compte pourquoi il doit en être ainsi. Une manifestation de volonté individuelle considérée comme acte unilatéral est un *acte de liberté personnelle*. Revenir sur une volonté antérieure, n'est pas juridiquement parlant, ni même moralement parlant, un acte répréhensible. Il ne devient tel que quand cette volonté, en se rétractant, brise de légitimes espérances. Or les espérances fondées sur un acte de volonté ne sont véritablement légitimes que quand l'acte de volonté a revêtu la forme du contrat, c'est-à-dire la *forme bilatérale*. Sans doute un acte unilatéral peut aussi engendrer des espérances ; mais il dépend de celui qui a donné occasion à ces espérances de leur retirer le bénéfice concédé. Il a le droit de retirer ce qu'il a donné ou plutôt ce qu'il a voulu donner. Il est, en effet, de principe que le droit ne doit intervenir à l'encontre de la liberté de chacun, sauf l'intérêt

majeur de la société, que pour empêcher de *lædere alterum*. Peut-il donc se dire lésé celui qui voit lui échapper le gain qui serait résulté d'une intention étrangère, si cette intention s'était maintenue ? *Neminem lædit qui suo jure utitur*. Avoir un moment voulu renoncer à l'usage de ce droit ne fait pas que les tiers aient acquis un bénéfice irrévocable. On peut toujours retirer ce que l'on a donné en dehors d'un contrat : les tiers trompés ne souffrent aucune injustice.

Il faut encore bien entendre la portée de ce principe. Le simple fait d'*avoir connaissance* de la manifestation de volonté survenue chez autrui ne constitue pas le concours de volonté requis pour faire de l'acte un contrat irrévocable. Supposez une *pollicitatio* (c'est le nom consacré pour l'acte de volonté unilatérale) en faveur d'une personne déterminée. Supposez-la *entendue* du bénéficiaire. Supposez-la même alors faite mentalement dans un esprit d'irrévocabilité absolu. Elle ne constitue pas un contrat. C'est toujours, malgré le concours de deux personnes, *solius offerentis promissum*, selon les expressions d'Ulpien (3 pr. Dig. 50-12). Ulpien, dans ce fragment, prévoit même le cas où, en vertu d'une *pollicitatio*, la chose promise est *livrée* au municipe qui a été ainsi gratifié *ob honorem* par un nouveau magistrat. Le fait de la délivrance, qui cependant suppose le *concours* des deux parties, *ne change pas la promesse en contrat*. C'est uniquement en vertu du *jus singulare* qui régit les *pollicitationes ob honorem* qu'Ulpien déclare la *revendication* interdite au donateur.

Que faut-il donc pour que le concours des deux parties fasse de l'acte un contrat ? Il faut que, pour les deux parties, pour celle qui aliène comme pour celle qui acquiert, existe et se manifeste, au moins, l'intention de faire un acte *où toutes deux jouent un rôle actif*, l'une pour aliéner, l'autre pour acquérir. C'est dans cette *activité* de la volonté du co-



contractant que réside la caractéristique du contrat par rapport au simple concours de deux *esprits*. Il faut que, non seulement la personne intéressée accepte passivement, mais il faut qu'elle manifeste la volonté d'acquiescer irrévocablement, et que, bien entendu, celui qui s'oblige ait aussi l'intention de se lier dans ces conditions.

Ainsi, activité de *deux volontés* au moins, toutes deux agissantes dans la négociation, telle est la condition nécessaire et suffisante de l'irrévocabilité des œuvres de la volonté. En dehors de là, cette irrévocabilité est une exception, un « droit singulier ». Selon le droit commun de toutes les législations, c'est uniquement dans ce concours actif que gît véritablement l'acte juridique contractuel, l'obstacle mis, la barrière légale opposée à la mobilité inhérente aux volontés des hommes (1). Ce que l'on a fait seul, on peut le défaire seul. Ce que l'on a fait à deux, il faut être deux pour le défaire. La justice autrement serait violée. Le co-contractant serait privé d'un droit qui lui appartient en propre de par le contrat où il est intervenu. Il se peut que tout soit bénéfice pour lui dans ce contrat. Qu'importe ? Il n'y est pas moins personne agissante (2). Le contrat, par la volonté du donateur, est devenu sa chose. Si le donateur le résiliait, ce serait sa chose qui lui serait enlevée. Tandis que s'il n'intervient au contrat que comme *spectateur* et non *acteur*, le contrat n'est pas à lui ; il est un tiers (3).

(1) Thibaut, dans ce « *System des Pandektenrechts* » d'une si singulière netteté, où l'on chercherait en vain la moindre maladresse de pensée, définit excellemment le « Vertrag » : « l'entente mutuelle formée entre plusieurs personnes sur la création de rapports juridiques. — Ein Vertrag ist die von mehreren Personen wechselseitig gegebene Einstimmung über die Begründung rechtlicher Verhältnisse ». System, § 141 du tome II.

(2) « Les contrats de bienfaisance sont encore des contrats dans le vrai sens du mot. Il y a toujours deux droits et deux obligations. Paget, *Essai sur la mise en demeure*, p. 18.

(3) Cette nécessité du concours actif de la volonté de celui qui acquiesce

La loi 5, Code, 4, 10, fournit un remarquable commentaire du principe que « *Contractus sunt ab initio voluntatis ; ex post facto necessitatis* ». « *Sicut*, disent Dioclétien et Maximien, *Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renunciare semel constitutæ obligationi adversario non consentiente minime potest* ». Les préfixes *cum* ou *con*, si fréquents dans la langue juridique romaine, traduisent la même idée. Ils ont deux significations. Ils expriment l'idée de pluralité : c'est le sens originel. De plus, ils ajoutent, disent les latinistes, au radical, *une force intensive*. Dans *convenire*, c'est l'idée de pluralité ; dans *constituere*, c'est la *force intensive*. Il nous paraît certain, et l'ob-

ne fait évidemment pas obstacle à l'emploi de personnes intermédiaires chargées d'être les *organes* des volontés restant à l'écart. Si je fais conclure un contrat par un mandataire qui doit s'aboucher avec le mandataire de mon co-contractant, le concours de volonté tel que nous le définissons n'existe pas moins, si les mandataires sont porteurs de pouvoirs exprès. Mais les pourparlers qu'ils peuvent tenir *en dehors de ces pouvoirs* n'obligent pas. Distinguer ainsi le moment où le concours cesse d'être efficace est parfois difficile, mais c'est une question de fait. En dehors du cas où l'intermédiaire est simple *nuncius*, il faut appliquer le principe général des Romains : *per extraneam personam nil acquiritur*. Le promettant pourra retirer la promesse tant que le mandataire ne l'a pas fait parvenir au mandant. — V. Savigny, *Obligationenrecht*, § 57 et les textes. Mais, en ces matières, toute règle évidemment n'exprime que « *quod plerumque fit* ». Les principes seuls sont absolus et ils se résument très bien dans le texte de Paul. « *Quæcumque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum faciunt* » 11, Dig., 44, 7. Beaumanoir reproduit en un langage très pittoresque que nous aimons à transcrire ici les principes du droit romain sur les *représentants naturels* du *pater familias*. « Convenence pot bien estre fete à autrui personne qu'à la moie por moi et en mon nom tout soit-il, ainsi que je ne l'eusse pas commandé ou que je n'en seusse mot ; si comme se uns hons me doit vingt livres et dit *en derrière de moi* à ma femme ou à mon fils aagié ou à aucun de ma maisnie qui sont à mon pain et à mon pot ou à mon loier : « Je dois vingt livres à vostre seigneur et je vos promet que je li paierai au Noël », je le puis sivre quand Noël sera passé de ce qu'il convenença à un de cix de moi paier » (Ch. 34).

servation ne laisse pas d'en être très philosophique, que le *sens intensif* est *dérivé du sens de pluralité* à cause de la fermeté, de la stabilité juridique des actes pluraux. *Constituere* est plus fort que *statuere*, parce que *constituere* c'est décider ensemble, et ce qui a été décidé ensemble ne peut être détruit par un acte de volonté individuelle.

Le droit romain et le droit français nous offrent de nombreux cas d'application de ces principes d'une si haute généralité. En droit romain, cette nécessité du rôle actif de l'*accipiens* dans un contrat était si profondément sentie que, pour le bien mettre en relief, le contrat se formait par interrogation adressée par cet *accipiens* lui-même à l'obligé. *Spondesne ? Spondeo* : c'était la formule de stipulation.

Dans la formule de vente, que nous rapporte Varron au passage célèbre du *De Re Rustica*, une fois les pourparlers achevés, l'acheteur demande expressément au vendeur, en parlant des bêtes achetées : *Tanti sunt mihi emptae ?* et l'autre répond : *Sunt*. Dans la formule de *deditio* que nous rapporte Tite Live, le général romain demande : *Deditisne vos*, etc. ? *Dedimus*, disent les vaincus ; et, pour mieux marquer le concours de volonté, le général reprend encore : *At ego recipio*. Pour la *dictio dotis* aussi, l'opinion la plus probable, qui s'appuie, outre les principes généraux, sur un passage très connu de Térence, est que le futur époux devait répondre *Accipio*. Dans la *mancipatio per æs et libram*, dans la *cessio in jure*, contrats constitutifs de droits réels, les mêmes principes règnent. C'est l'*accipiens* qui joue le rôle le plus actif, afin de bien marquer qu'il entend s'approprier le contrat.

Et ce mot même d'*accipiens* ne nous révèle-t-il pas, par son étymologie, l'activité de ce rôle ? *Accipere* avait originellement un sens bien plus énergique que les mots actuels accepter, recevoir. Ceux-ci expriment un rôle plutôt passif.

Mais *ad-capere*, c'est *saisir*, exercer une *capio*. C'est un mode d'*acquérir* volontairement, à titre dérivé. Le mot *capere* a la même énergie ici que dans *manu-capere* (*mancipare*) ou dans *usucapere*. L'*accipiens* ne se borne pas à recevoir ; il prend (1).

De même, en droit français, tout le monde sait le rôle important que joue, en matière de donation, l'acceptation expresse du donataire. Dans les anciens actes, cet acte porte le nom d'*accapte* (*accapitum*). « La donation entre vifs *n'engagera le donateur* et ne produira aucun effet, dit l'article 932 du Code Napoléon, *que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.* » Et le même texte stipule expressément que l'acceptation ne produira son effet que du moment où elle sera connue du donateur d'une manière indubitable. C'est la reproduction des articles 5 et 6 de l'ordonnance de février 1731. C'est d'ailleurs l'application des principes fondamentaux du droit que nous avons formulés et qui régissent les conventions d'aliénation ou actes de disposition comme les conventions d'obligation personnelle. Un acte de volonté unilatérale ou mieux un acte unilatéral n'appartient pas à la sanction juridique ; il n'intéresse pas le droit.

Nous trouvons, dans la doctrine générale des actes conventionnels, la consécration des mêmes principes, qui nous autorise à considérer la doctrine que nous avons formulée *in abstracto*, comme étant absolument celle en vigueur dans notre droit. C'est d'abord la définition même contenue en

(1) Il est important de remarquer, dans le même sens, l'emploi de *l'accusatif de mouvement* dans les définitions que les Romains donnent de l'accord de volonté constitutif du contrat. « *Est pactio duorum plurimumve in idem placitum consensus* » dit Ulpien, 1, 2, Dig., 2, 14, et le reste du fragment confirme profondément cette observation. Les contractants, dit le jurisconsulte, « *inter se agunt* » — « *in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt* ».

l'article 1101 qui définit le contrat par le mot « convention ». C'est ensuite l'article 1121 qui déclare qu'une stipulation pour autrui oblige et ne peut être révoquée « si le tiers a déclaré vouloir en profiter ». D'où on peut facilement déduire par *a contrario* que l'obligation n'existe pas, s'il n'y a pas ce concours ultérieur de l'acceptation par le tiers intéressé.

Du reste, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord, du moins en ce qui concerne les actes d'obligation personnelle, pour reconnaître que seul le concours de volonté produit l'engagement. La Cour d'appel d'Orléans a même eu à statuer sur une hypothèse curieuse de *pollicitatio ob honorem*, semblable à celle qui existait dans les mœurs romaines (1). Elle a décidé que la manifestation unilatérale de volonté n'obligeait pas.

Mais la règle est-elle aussi absolue dans la matière qui nous occupe, le *transfert volontaire des droits réels* ? Certaines hypothèses ont pu faire croire à l'existence d'une dérogation au principe général de la nécessité du concours de volonté pour engendrer effet utile. Il suffirait d'une manifestation *unilatérale* de volonté pour créer, en cette matière, au profit des tiers un droit irrévocable.

Quelles sont ces hypothèses de dérogation apparente ? Les principales sont la renonciation à un droit d'usufruit et la renonciation à une hypothèque. La jurisprudence a décidé que les renonciations de ce genre n'ont pas besoin d'être l'objet d'une acceptation expresse de la part de ceux à qui elles profitent pour être irrévocables (Cass., 19 novembre 1855 et Nîmes, 5 août 1862). On pourrait rapprocher de ces

(1) Orléans, 23 avril 1842, Sir. 43.2.383. Un notaire de Caen écrivant au roi pour le remercier de l'honneur que Sa Majesté venait de lui faire en le nommant, avait promis de donner pendant 20 ans, annuellement, 1000 francs aux pauvres de sa commune.



cas de renonciation, l'hypothèse de la reconnaissance de dette. Un droit de créance, une fois né, peut être traité comme *une chose* et quoique le contenu de ce droit soit une simple action personnelle, le droit qui porte sur cette action peut être considéré comme réel. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de dire parfois quelques mots du transfert des créances à côté du transfert des autres propriétés.

Usufruit, hypothèque, droit de contester une dette, ces divers droits se transféreraient-ils autrement que par la convention ? Remarquons bien la circonstance qui rend ces hypothèses difficiles. Cette circonstance, c'est l'existence dans tous ces cas d'une sorte de *tendance automatique et légale d'accroissement* existant soit au profit du nu propriétaire, soit des créanciers hypothécaires postérieurs, soit du débiteur grevé, soit du créancier dont le droit est litigieux. Cette tendance fait qu'ils n'ont pas besoin de vouloir acquérir pour que leur droit *s'augmente* de la prérogative abandonnée. S'il s'agissait de l'acquisition d'une chose qui leur fût étrangère, on n'hésiterait pas. Si, par exemple, j'exprime la volonté de renoncer à mon droit de propriété sur un immeuble et que je l'abandonne effectivement, je pourrai, tant que les formalités de donation et d'acceptation ne sont pas intervenues, revenir sur ma détermination. Dans les autres cas, ce qui fait un peu illusion, c'est que en vertu de l'accroissement spontané, l'acte ressemble moins à un transfert qu'à une simple renonciation donnant seulement *occasion* à l'amélioration *légale* de la condition des droits auxquels le droit abandonné faisait échec. C'est ce qui a porté la jurisprudence à déclarer la renonciation même unilatérale, absolument irrévocable, dès qu'elle est légalement manifestée. Ainsi conçu l'acte de renonciation est reçu *par la loi* à la place et en faveur des intéressés. C'est la loi qui, immédiatement, opère l'accrois-

sement au profit de ces derniers. Par exemple, quand j'avertis le conservateur des hypothèques que je renonce à mon droit, l'acte n'est pas conçu comme un *transport contractuel* consenti en faveur des intéressés, mais comme une *renonciation purement abdicative* adressée au seul représentant de la loi. Les effets de cette renonciation dépendent uniquement de cette loi même. Il dépend d'elle, si elle veut, de *me laisser revenir* sur mon abdication ou de *ne pas me le permettre*. Mais, qu'elle se montre ainsi plus ou moins inclinée en faveur des tiers intéressés, l'acte n'en reste pas moins pour ces tiers une *res inter alios acta*. S'ils reçoivent un bénéfice, c'est, en quelque sorte, par *ricochet*, par l'effet d'un *jus non decrescendi* ; ils le tiennent de la loi, qui, dans la circonstance, a géré leur affaire. Ils ne pourraient revendiquer le bénéfice de l'acte comme un bénéfice acquis directement par eux que s'ils avaient été parties dans le contrat. C'est la loi qui est ici puissance agissante (1).

On peut discuter pour savoir si la loi n'exagère pas ainsi son rôle, en se chargeant de la sorte d'*accroître* les droits de certains propriétaires à leur insu. On peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux s'en tenir aux principes de la *renon-*

(1) C'est en vertu de ce rôle de la loi dans l'accroissement des droits réels que Thibaut (*System*, tome I, § 143) déclare que, dans les contrats renonciatifs, l'acceptation n'est requise *qu'autant que ce n'est pas un droit réel qui est remis*. « *Selbst bei remissorisches, auch illiquide Punkte betreffenden oder remuneratorischen Nachlassverträgen ist diese Acceptation erforderlich, sofern nicht ein dinglicher Recht aufgegeben wird* ». Il signale comme d'opinion différente Rudloff *De acceptatione et ejus jure*, § 48 et la revue « *Archiv für civil. Praxis*, t. VIII. — Demante est de l'avis de Thibaut : « Il ne faut pas confondre la renonciation avec la cession que l'usufruitier consentirait à titre gratuit ou onéreux au propriétaire... cette cession ne devrait s'opérer que par le concours de deux volontés... Mais la renonciation est un acte pur et simple de la volonté, qui, dans ma pensée, est suffisant pour éteindre en général les droits réels sur la chose d'autrui ». Demante, *Cours anal.*

*ciation contractuelle seule opérante.* Mais nous en avons dit assez pour montrer que la dérogation n'était au reste qu'apparente : c'est une circonstance spéciale qui fait ici la différence. Si la dépossession résulte d'un acte de volonté unilatéral, c'est que la cause juridique n'est pas véritablement un *transfert*. Or nous ne nous occupons du rôle de la volonté que dans le transfert direct de personne privée à personne privée. Cela nous dispense d'insister plus longuement sur le système jurisprudentiel dont nous venons de parler (1).

(1) Il vaudrait mieux que la loi se bornât au rôle de *spectatrice* assistant, sans y intervenir, aux négociations contractuelles et que les volontés privées, seules puissances agissantes, restassent libres dans leurs allées et venues, leurs changements de dessein jusqu'à ce qu'un contrat plural les lie les unes aux autres. Cela devrait être vrai de tous les droits réels sans distinction. L'hypothèque, par exemple, aurait son rang contractuel immuable qui ne s'améliorerait que par les causes légales d'extinction des droits antérieurs ou par une cession *contractuelle* d'antériorité.

Il faut cependant reconnaître que la tendance générale des idées se dirige vers l'extension du rôle de la loi. Le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne sanctionne dans plusieurs cas la simple manifestation unilatérale de volonté. A cet ordre d'idées appartiennent les Fondations (Stiftungen), la création de titres au porteur, la déclaration du débiteur qui veut se prévaloir de la compensation, la déclaration ou dénonciation de la nullité d'un acte, la sommation, etc. V. Bufnoir, *Bulletin de la Société de Législ. comp.*, 1889, p. 153. Mais on n'est pas arrivé à cet état chimérique que décrit M. Tarde (*Transf. du Droit*, p. 123) où l'obligation résulterait d'un simple *commandement* que la volonté se donne à elle-même et que la loi enregistre aussitôt pour le rendre irrévocable, même en dehors de toute dualité conventionnelle. La loi n'a pas à se préoccuper d'assurer l'observation du précepte stoïcien « *constanter vivere* » tant que personne n'est lésé. C'est de la fantaisie juridique, qu'il nous soit permis de le dire, tout en admirant la pénétration merveilleuse que M. Tarde apporte dans ses délicates investigations. Mais que M. Tarde n'aille pas, au moins, jusqu'à mettre en doute la *réalité*, la possibilité matérielle du concours de volonté lui-même et dénoncer la « *faiblesse philosophique* » de M. Demolombe, parce que l'illustre jurisconsulte s'est contenté d'exposer la conception du sens commun, traditionnelle et pratique, qui est la vraie !

D'ailleurs ces hypothèses de renonciation purement individuelle et désintéressée à un droit se rencontrent en fait bien rarement. Elles sont presque purement théoriques. Presque toujours on ne renonce à un droit qu'en vertu d'un contrat avec une personne déterminée à laquelle on vend ou donne spécialement le bénéfice. Les renonciations à usufruit seront des renonciations contractuelles analogues à des cessions d'usufruit en vue de *consolidation*. Les renonciations à hypothèque seront des subrogations. Les reconnaissances de dette comme les remises de dette seront conventionnelles. Il faudra alors incontestablement exiger le concours de volonté conformément aux principes généraux des conventions.

Rentrant ainsi, après cette courte digression à côté de notre sujet, dans l'examen du déplacement par concours de volonté, nous avons à examiner quelques difficultés particulières qui peuvent naître de la formation de ce concours lui-même. Il s'y rencontre des cas qui pourraient faire croire à la possibilité de l'aliénation par volonté purement individuelle, ou acte unilatéral de volonté. En réalité ces exceptions apparentes confirment la règle, en la complétant aussi.

Le principe qui régit le concours de volontés, c'est qu'il doit être *connu* et *voulu* par les deux volontés concourantes. Il n'a son efficacité juridique que s'il est *conscient des deux côtés en tant que concours*. Un concours qui s'ignore n'est pas un concours efficace. Il n'est pas besoin après les explications générales que nous avons données au début de cette matière d'insister sur les raisons de ce principe de sens commun.

Il faut donc que celui qui aliène sache que la volonté de celui qui acquiert est d'acquérir ; et il faut que celui qui acquiert sache que la volonté de celui qui aliène est d'aliéner. Il faut que tous deux soient instruits que la volonté est irrévocable ou qu'ils aient légalement lieu de le croire

pour que le contrat soit indissoluble. Ajoutons maintenant qu'il est impossible de fixer d'une manière apriorique le mode de formation de ce processus et le moment où il est achevé. Tantôt l'offre part de tel point ; tantôt de tel autre. Tantôt elle est simplement une avance ; tantôt elle est un engagement d'ores et déjà irrévocable, quoique seulement *conditionné par la nécessité de l'acceptation*. Plus *décidées* seront les offres, plus rapidement marchera l'entente et plus tôt arrivera ce que nous pourrions appeler le *déclanchement final des consentements*. Pour savoir si le contrat est complet, il faut voir si les diverses manifestations échangées permettent de constituer l'*accord parfait* des volontés. Si une restriction quelconque se rencontre, si une condition persiste, l'accord n'est pas complet ; le contrat n'est pas encore un fait intéressant les sanctions légales.

C'est à la classe des conditions de ce genre incluses expressément ou tacitement dans les consentements qu'appartient cet élément si controversé, l'acceptation *retournée à l'offrant*. Le plus souvent, en effet, l'offrant ne formule sa proposition que dans le sens suivant : « Si vous voulez, je ferai cela ». Il est naturel en présence de cette proposition d'entendre qu'il attend *pour donner son consentement définitif* l'annonce de l'acceptation de l'autre. « Je suis décidé, dit-il, à *m'obliger, si vous voulez* ». Ce n'est pas s'obliger que de parler ainsi, c'est une simple offre de *s'obliger in futurum*. Mais les choses peuvent, dans des circonstances déterminées (les circonstances sont ici la vraie, l'unique règle), aller d'une manière plus expéditive. Une partie peut s'adresser à une autre et lui dire : « Si vous voulez, je suis obligé » ou bien, plus énergiquement : « Dites oui, la chose est à vous ». Dans un cas pareil, il n'est nullement besoin que l'acceptation soit retournée à l'offrant. Le contrat existe dès que le correspon-



dant a reçu l'offre et l'accepte. Il y a concours de volonté au sens défini plus haut. L'offrant s'est obligé irrévocablement par avance. L'acceptation ne joue le rôle que d'une simple *condition*. Elle peut être condition suspensive ou résolutoire ou même terme incertain, selon les modalités infiniment variables des intentions. Mais dans tous ces cas l'offrant est « lié par l'acceptation bien qu'il l'ignore » (*Sic* : Larombière, *Traité des obligations*, I, p. 17) (1).

Ce serait donc bien à tort que l'on verrait dans les cas de ce genre des cas d'obligation par manifestation unilatérale de volonté. C'est cependant une hypothèse de ce genre qui en matière de déplacement de droits réels a été considérée parfois comme une aliénation par volonté unilatérale. C'est le cas d'abandon d'une chose par le propriétaire ou, pour employer l'exemple type de cette forme d'aliénation, le *jactus missilium*.

Les Romains s'étaient demandé si, dans le cas de *derelictio*, le propriétaire n'était pas dépossédé en dehors de toute tradition de personne à personne et s'il n'y aurait pas un cas d'aliénation ne rentrant pas dans les catégories juridiques ordinaires. L'hypothèse la plus pittoresque sur laquelle s'exerça leur analyse, c'est celle du magistrat qui, au milieu

(1) Il appartient ainsi à la volonté de simplifier le processus de l'accord en englobant toutes les phases dans un même acte. C'est comme une obligation affectée d'une modalité de ce genre qu'il faut concevoir l'obligation *avec titre au porteur*. Savigny a cru devoir déclarer *nulle* une telle obligation (*Obligationenrecht*, § 63). Nous ne voyons aucune difficulté à la considérer comme obligation par volonté *bilatérale* conclue entre le débiteur et le premier porteur, mais affectée de la condition acceptée par avance que la tradition du titre déplacera le bénéfice de la créance. Ainsi on peut admettre que le papier seul est créancier, sans s'écarter des axiomes juridiques, car c'est toujours du *concours* originaire que le *negotium juris* tire sa force. Le débiteur a accepté d'avance de payer *au titre*, quel qu'en soit le porteur. C'est son acceptation qui le lie. L'obligation avec titre au porteur est une application de l'article 1121 de notre Code.

des acclamations populaires, jette ou fait jeter à la foule des pièces de monnaie (*missilia*). Leur perspicacité juridique ne tarda pas à reconnaître qu'ici encore le concours de volonté opère seul le transfert. Le *jactus* n'est qu'une offre ; celui qui jette ne cesse d'être propriétaire que par le concours d'une volonté d'acquérir sortie de cette foule. C'est une volonté de donner *collocata in incertam personam*. Comme le dit Gaius (9, 7, Dig. 41, 1) : « *Qui missilia jactat in vulgus ignorat quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficit* ». Et en résolvant ainsi le problème dans ce cas particulier, ils restaient dans la saine application des principes généraux du droit qui n'admettaient que le concours de volontés comme efficace pour déposséder.

Cependant, à l'époque classique, une doctrine très audacieuse paraît s'être fait jour parmi les jurisconsultes. La simple *derelictio* aurait été efficace pour dessaisir le propriétaire de son droit réel et pour faire de sa chose une *res nullius*. Doctrine audacieuse, surtout pour le droit romain qui attribuait au droit réel une si profonde inertie. Nous ne savons pas assez exactement quelles conséquences précises on tirait de ce principe nouveau. Le fragment 2, 1, Dig. 41, 7 nous révèle seulement le fait de sa dissidence. Proculus enseignait, avec raison selon nous, que la chose abandonnée ne cesse d'appartenir au propriétaire légal que par la possession contraire de celui qui s'en empare. *Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possesse fuerit*. Mais Julien, le jurisconsulte novateur, le compilateur de l'Édit, enseignait que la chose cesse aussitôt, par l'abandon, d'appartenir au propriétaire. Elle devient, par suite, alors *res nullius*. Puis, le possesseur en qualité de premier occupant l'acquiert. *Julianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alte-*

*rius, nisi possessa fuerit.* — *Et recte*, dit Paul qui rapporte cette opinion.

Comment une telle doctrine a-t-elle pu s'accréditer dans l'école sabinienne ? C'est, croyons-nous, par l'usage de certaines exceptions prétoriennes. D'après l'*ipsum jus*, le *dominium* ne se déplace que par l'effet de solennités très énergiques. Si l'*animus derelinquendi* avait alors suffi pour détacher, décoller, si l'on nous permet l'expression, le *dominium*, de la chose qui en est l'objet ou plutôt de la personne qui en est sujet, la lutte contre le formalisme n'eût pas été aussi longue ni aussi laborieuse qu'elle l'a été. On aurait vite admis l'efficacité de l'*animus transferendi* et de la *traditio*. Il nous semble commandé par l'esprit de tout le droit romain d'admettre que, selon l'*ipsum jus*, du moins pour les *res Mancipi*, le propriétaire qui a abandonné peut revendiquer jusqu'à ce que l'occupant ait accompli l'*usucapio*. Le *tradens* pouvait revendiquer ; le *derelinquens* le peut bien *a fortiori*. Mais le prêteur dut donner au possesseur avant l'*usucapio* une exception tirée du fait de la *derelictio* et de la mauvaise foi, une de ces exceptions dérivées de l'*exceptio doli* dont nous parlerons brièvement plus loin, dans la deuxième partie, à propos du perfectionnement du transfert conventionnel en droit romain. Peu à peu, par le jeu de cette exception, le *derelinquens* put être considéré comme dessaisi par sa *derelictio* et Julien, pénétré de l'esprit prétorien, n'a fait qu'exprimer cette idée empirique. Les mots *desinere quidem omittentis esse* devraient ainsi être entendus non au sens juridique strict, mais comme traduction d'un résultat pratique obtenu par l'exception.

Ulpien d'ailleurs reste fidèle à la doctrine strictement juridique et il en donne même la formule en des termes d'une précision remarquable : « *Differentia inter dominium et pos-*

*sessionem hæc est quod dominium nihilominus ejus manet qui dominus esse non vult; possessio autem recedit ut quisque constituit nolle possidere.* » 17, 1, Dig. 41, 2. On ne saurait mieux dire.

Les commentateurs du droit commun allemand paraissent admettre la *derelictio* pure comme mode spécifique de dessaisissement, en dehors de l'idée de la *traditio in incertam personam*. « Tradition, dit Dernburg (*Pandekten*, Bd. I, S.490), *liegt in derartigen Fällen vor, wenn die Absicht vorzugsweise darauf geht die Sache Anderen zuzuwenden; Dereliction wenn man in ersterer Linie bezweckt die Sache los zu werden* ». Voyez aussi Exner, *Die Lehre von Rechteerwerb durch Tradition*, 1867, § 1.

En droit français actuel, nous ne croyons pas que la simple *derelictio* puisse être considérée comme opérante : elle constitue seulement, conformément aux principes exposés plus haut, le premier acte du *contrat* bilatéral, lequel seul déplace la propriété quand seulement il s'achève.

---

Après les développements que nous venons de fournir sur l'élément le plus important de la convention translatrice, celui qui constituera, quand nous arriverons à l'étude du déplacement réel, la vraie cause déterminante de ce déplacement, nous ne donnerons que quelques mots d'explication sur la condition de *capacité* personnelle.

La raison de la sanction des accords de volontés — que ces accords aient pour objet une *prestatio* ou une *datio* — est, comme nous l'avons montré, le besoin de fournir de la certitude aux spéculations humaines. « Le monde se désorganiserait, dit le Senchus Mór, si les contrats cessaient d'être obligatoires ». Mais ce principe suppose, comme postulat préa-

lable, l'intelligence humaine. Tout le vaste système de réglementation créé au profit des aliénations par la volonté privée et dont nous nous occupons, n'a de raison d'exister que comme conséquence du principe supposé que la volonté humaine doit être encouragée et protégée dans son œuvre, lequel principe suppose que cette œuvre à encourager est une œuvre de progrès. Supprimez ce postulat, vous pourrez supprimer le principe de l'immutabilité des œuvres de la volonté privée. Il suffira alors de parquer les volontés chacune dans sa case et de les empêcher de se nuire ; de délimiter le domaine respectif de chacune et de lui assurer le droit de le reconquérir en cas de violation ou de confusion volontaire. La seule règle contractuelle sera qu'il faut rendre à chacun ce qui lui est dû, à chacun ce qu'il a prêté. L'évolution juridique s'arrêtera en matière contractuelle aux contrats *re du droit romain*. Mais introduisez le principe que les volontés *marchent*, au lieu de s'agiter seulement, que leurs mouvements individuels ou pluraux ont une raison intelligente, vous serez conduit à sanctionner les contrats consensuels, afin que, pour les œuvres à *faire*, les œuvres *faites* fournissent un point d'appui solide, d'où la volonté puisse s'élancer plus haut dans de nouvelles spéculations de progrès (1). De

(1) Ce sont des principes théoriques. L'élément intellectuel dans le contrat, c'est la *cause* au sens de l'article 1131 ; or, nous verrons, à propos des conditions de validité, le rôle légal exact de la *cause* dans la convention. Quoique, en effet, dans l'intention de la loi, les seules obligations méritant d'être sanctionnées soient les obligations *contractées en vue d'une combinaison juridique vraie et morale* (art. 1131), l'obligation *sans cause*, ou sur une *fausse cause*, ou sur une *cause illicite* ne pouvant avoir aucun effet, néanmoins l'article 1132 n'exige pas que la cause soit exprimée. Il la présume donc et la *cause*, le *negotium juris* pour la réalisation duquel l'obligation est le *moyen direct*, n'appartient ainsi qu'aux conditions de *validité* de la convention. Ces principes n'agissent donc en notre matière que pour exiger la *capacité intellectuelle générale* chez le promettant, et non la mention expresse du *negotium*



la simple protection contre les « *injuries and nuisances* » à la personne ou à la propriété par où s'ouvrent, très philosophiquement, les manuels de « *Common Law* » anglaise, le droit s'élève à la sanction des simples accords où n'existent pas d'autres « causes » nées que des *causes intellectuelles, des ambitions de progrès* (1). Le désir de progrès devient une *causa civilis obligandi* sous le nom de *consentement simple, nulla alia præeunte causa* (2).

Cette importance ajoutée aux paroles données est un hommage à l'intelligence humaine. Elle implique par suite des distinctions entre les cas où cet hommage est légitime et celui où il ne l'est pas. Toutes les conventions, quoique répondant au schème que nous venons de déterminer, ne méritent pas que la société vienne y mettre son sceau. Nous arriverions ainsi aux conditions de validité de l'acte. Mais celles-ci, comme nous l'avons dit, n'empêchent pas l'acte d'exister. Or nous parlons pour le moment des éléments constitutifs de l'acte. Il ne faut donc étudier que les conditions

*juris* qu'il veut faire par le moyen de son obligation. L'intelligence du sujet fait *présumer* la cause, quoique ce ne soit là qu'une présomption *juris tantum*, non pas *juris et de jure*.

Dans la doctrine anglaise de la *Common Law* des contrats, la cause s'appelle très bien *considération*. Les *Courts of Law* ne doivent admettre que les contrats qui sont *supported by consideration*. Mais il faut agir *in Equity* pour contester *the adequacy of a consideration for a promise*. Broom's, *Manual of Common Law*, 316, 319.

Nous parlons à nouveau un peu plus loin de la théorie de la cause dans les contrats.

(1) « Un souffle ne doit pas les créer et un autre les détruire ; aussi la société s'est armée pour les maintenir, pour les défendre ». Merlin, *Répertoire*, V<sup>o</sup> *Convention*.

(2) Il nous serait facile d'apporter à l'appui de ces considérations de philosophie de l'histoire juridique des exemples précis tirés, on le devine, de l'histoire des contrats consensuels en droit romain. Mais nous ne parlons ici qu'incidemment de cette évolution si remarquable et d'ailleurs si connue. « Les contrats réels ont précédé partout les contrats consensuels. » Dareste.

de capacité requises *pour l'existence même de cet acte*, et non pas les conditions à l'occasion desquelles une action en nullité est ouverte *contre l'acte existant légalement*.

Pour pouvoir disposer contractuellement de ses biens, il faut être capable de vouloir ; il faut pouvoir matériellement former une volonté et l'exprimer (1). L'homme qui dort, celui qui est dans un accès de folie furieuse, celui qui est ivre, l'enfant qui ne parle ni ne pense ne peuvent agir efficacement dans un contrat de disposition pas plus que dans un contrat d'obligation. La nullité résulte dans tous ces cas de l'acte lui-même. Ce sont moins des *nullités* que des *obstacles*. Il n'est pas besoin de faire *rescinder* le consentement puisqu'il n'y a pas eu même les apparences vraisemblables d'un consentement raisonné. L'acte n'existe en tant qu'acte juridique que si l'on peut donner les preuves, les signes d'une volonté dirigée vers un effet juridique. C'est seulement quand ces signes existent qu'il faut recourir à des exceptions légales.

Les Romains savaient très bien distinguer les cas où le contrat ne peut exister en aucune manière et les cas où à raison de motifs d'indulgence les conséquences de l'acte sont atténuées. Les *infantes* étaient absolument incapables de contracter. Leur volonté, comme celle des *furiosi*, est assimilable à la volonté d'un homme qui dort. *Furiosus nullum negotium contrahere potest*, dit la loi 5, Dig. 50, 17. Tandis que les *impuberes infantia maiores* ont la capacité matérielle. C'est seulement à raison de leur inexpérience, *quia ejus ætatis est ut nondum intelligat quid agatur* (1, 13, Dig. 44, 7), que le

(1) « Der menschliche Wille ist bedingt durch die Vernunft, mit dieser geht auch jener verloren ». Puchta, *Institutionen*, § 202, 1.

« Actus voluntatis quæ signo exprimitur, intelligi debet voluntatis rationalis ». Grotius, *De jure belli*, II, 6, § 1.

droit prend des précautions particulières contre leurs actes. Il met comme condition aux effets de l'acte, *en tant seulement qu'ils feraient plus mauvaise la condition de l'impubère*, l'approbation d'un tuteur. *Meliorum quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriore vero non aliter quam tutore auctore*. Pr. Inst. 1, 21.

Cette différence entre les conditions de formation et les conditions d'irrévocabilité, entre la capacité de contracter et la capacité de s'obliger ou d'aliéner est trop sensible pour qu'il soit besoin d'insister. Sans doute elle donne parfois lieu dans l'application à des difficultés. Mais ce n'est pas l'objet de ce travail de les examiner spécialement. Nous nous bornons à tracer les grandes lignes de la « Common Law » des contrats de disposition, comme préparation à l'étude de leurs effets réels. Il nous suffit par suite de faire l'esquisse complète, sans entrer dans les discussions de détail (1).

---

(1) Le Code Napoléon n'a pas de règles sur la capacité *matérielle* de contracter : il suppose un contrat régulièrement formé conformément à l'article 1101 et il se borne à en étudier les *conditions de validité*. Mais évidemment, avant la validité, il faut vérifier l'existence. Le projet de Code civil allemand, reproduisant d'ailleurs la doctrine de la loi prussienne du 12 juillet 1875, distingue avec raison les cas d'*incapacité absolue* où le contrat *n'existe pas* et les cas où manque au contrat une *condition de validité* et où par suite une *action en nullité* est ouverte. Les infantes (au-dessous de 7 ans accomplis), les personnes privées même passagèrement de l'intelligence de leurs actes, les interdits pour cause de démence *ne peuvent* faire de contrats *ayant une existence légale*. Ils stipulent *inutilement*. V. Bufnoir, *Bull. de la Soc. de Lég. comp.*, 1889, p. 154. Comme nous le verrons, les interdits ne sont pas, selon le Code Napoléon, absolument incapables. La capacité selon notre Code n'est toujours qu'une condition de *validité*. Nous n'y trouvons pas de dispositions relatives à la « *Nichtigkeit* » des actes juridiques ; il n'est parlé que de leur « *Anfechtbarkeit* ». Mais ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas des cas de *Nichtigkeit* : ils existent par la force même des choses.

Après la capacité matérielle de contracter, nous avons à parler de la capacité légale ou mieux *politique* qui est nécessaire, en parlant toujours de la seule formation même du contrat. Il ne suffit pas en effet de pouvoir réaliser les conditions matérielles de l'application des règles du droit civil, il faut participer à ce droit civil lui-même : il faut, en d'autres termes, posséder la *capacité civile*.

Deux classes de personnes peuvent être en dehors du droit civil : 1<sup>o</sup> celles qui sont de fait en dehors de la société civile : les étrangers ; 2<sup>o</sup> celles qui, tout en faisant partie de la société, ont été frappés de dégradation civile et sont morts civilement.

Chez les Romains, le droit de contracter conformément au droit civil était expressément un des éléments constitutifs du droit de cité : c'était le *jus commercii* ou, plus brièvement, le *commercium*. On comprend, en effet, d'après tout ce que nous avons dit sur l'essence des actes juridiques, et surtout des actes de disposition, que la qualité de participant au système du droit civil soit requise chez les contractants pour que l'acte ait une valeur légale, c'est-à-dire *intéresse* le droit civil. Le droit civil est le droit qui régit *les citoyens*, l'ensemble de règles uniformes auxquelles, de par la volonté générale, ils soumettent leurs actes individuels. En vertu de sa définition même, il ne s'impose et ne profite qu'aux membres du groupe qu'il régit. Les étrangers sont hors de ses prises, mais aussi de ses faveurs. L'acte de l'étranger est en dehors de la sphère d'application du droit. Aussi voyons-nous à Rome s'établir en faveur de l'étranger des situations de faveur, des *hospitia*. L'*hospes*, par une sorte de courtoisie nationale, reçoit participation aux droits du pays où il se trouve. Il y a ainsi des *hospitalités juridiques* générales. Il y en a de *spéciales* se limitant à un acte déterminé. Ainsi en l'année

584, selon le rapport de Tite Live, des ambassadeurs gaulois se trouvant à Rome, le Sénat leur donna spécialement le droit d'acheter en Italie *dix chevaux chacun, ut denorum equorum iis commercium esset, educendique ex Italia potestas fieret*. Liv. XLIII, 5. Sans ce *jus emendi vendendique invicem* (c'est la définition que donne Ulpien du *commercium*, XIX, 5), l'acte équivaldrait au néant. [En vain, le concours de volontés s'y rencontrerait de fait, ce concours n'a pas son efficacité juridique, car l'une des volontés concourantes est censée inconnue du droit civil, *invisible*, en quelque sorte, pour lui. L'acte manque alors d'un élément essentiel. Le Romain qui achète à un étranger ne devient pas propriétaire par le contrat. L'achat d'un esclave à des brigands est inopérant, comme le prouve la loi 6, Dig., 49, 15, si le *commercium* n'existe pas (1).

Quels principes existent sur ce point en droit français ? Un texte très controversé, l'article 11 du Code Napoléon, vise la question. Sans entrer dans le détail des discussions qui se sont livrées à ce sujet, nous nous contentons de marquer l'effet de cette disposition légale en ce qui concerne notre matière. Le droit pour un étranger de participer au droit civil en contractant avec un Français ou avec un autre étranger et d'obtenir ainsi pour ses actes la sanction des lois françaises se modèle exactement sur les limites de l'hospitalité juridique accordée par la nation de cet étranger à nos concitoyens. C'est un principe parfaitement équitable et rationnel. La concession aux étrangers des bénéfices du *commercium* ne connaît de limites que les restrictions réciproques qu'y mettent eux-mêmes ces étrangers. L'article 726, aujourd'hui

(1) Sur l'*hospitium publicum*, voyez Mommsen, *Das römische Gastrecht* dans *Römische Forschungen*, I, 1864, p. 326-354. Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions romaines*, p. 344.



abrogé appliquait expressément ces principes à la *testamenti factio passiva*. En fait, aujourd'hui, des traités diplomatiques règlent toutes ces questions. L'étranger peut figurer au même titre que le Français dans un contrat.

---

Accord de volontés matériellement et juridiquement capables, c'est le noyau même de l'acte juridique de disposition. Mais c'est aussi le noyau de l'acte d'obligation. C'est dans l'étude des éléments suivants de la définition que l'acte de disposition va prendre son individualité au milieu des conventions juridiques efficaces *jure civili*.

La manifestation de volonté donnée conformément aux conditions détaillées plus haut ne doit pas être une obligation *absolue de præstare rem*. Les Romains disaient, sans doute, que la vente a pour but d'obliger à *præstare*, mais ils ajoutaient *præstare rem habere licere*. Si l'obligation était absolument *de præstare*, ce serait une obligation *personnelle*. Les conséquences en seraient bien différentes. La différence se marque surtout à propos de la question des risques. Supposez que l'obligation soit *absolument de præstare rem*. On peut bien admettre, si la chose vient à périr par cas fortuit avant l'exécution ou pendant l'exécution, que le débiteur ne soit plus tenu d'exécuter. Le cas fortuit le libère, puisqu'il rend impossible la délivrance. Mais, du moins, s'il est libéré de l'obligation *de præstare*, le créancier est libéré aussi de l'obligation *de lui payer sa prestation*. C'est l'application des conséquences strictes de l'acte conclu. La chose périt pour son propriétaire. Que celui-ci fût obligé à donner, qu'importe ? et comment pourrait-il prétendre toucher le prix de cette chose sur ce seul fondement à savoir qu'il avait contracté l'obligation de la donner ? Supposez au contraire (ce qui est l'essence de l'acte de disposition) que le contractant s'oblige *immédia-*

tement par sa volonté à *rem habere licere* et que l'*emptor* accepte cette loi, dès ce moment l'obligation du *venditor* devient actuelle et elle est purement négative. Il ne s'est pas obligé à donner *absolument* ; il a seulement abdiqué dans une mesure plus ou moins grande son droit de propriété sur la chose en faveur de l'acquéreur qui peut s'en emparer selon la teneur du contrat, au moment fixé, dans la limite fixée, en un mot, selon la *lex rei dicta*. Que la chose périsse, le vendeur n'en a pas moins droit à recevoir le prix de l'abdication qu'il avait consentie. La force des choses n'a pas permis à l'*acheteur* de tirer bénéfice de cette faculté *de habere, licentia habendi*. Il n'importe, il subira la perte en vertu du principe même que *res perit domino*. En effet, dès le moment du contrat, son droit qui n'était peut-être pas réel, au sens public du mot, qui n'était peut-être pas reconnu comme *jus in re* par la collectivité, n'était pas moins entre parties *conçu in rem*, parce qu'il se restreignait à une faculté de jouir d'une certaine manière de la chose. Cette faculté, il la tenait du contrat et, de par ce contrat, il la possédait dès le moment où le consentement irrévocable avait été émis par le *dominus rei*. Cette faculté périclète faute d'objet, mais elle périclète pour son propriétaire et le propriétaire c'est ici l'*acheteur*.

Il est donc d'une suprême importance de distinguer si l'on se trouve en présence d'une obligation personnelle et positive de *rem præstare* ou d'une obligation réelle et négative de *rem habere licere*. Dans le premier cas, on ne peut concevoir que la perte de la chose laisse subsister le droit au prix ; dans le second cas, ce fait est au contraire l'application du droit strict et de la meilleure logique.

Cette distinction, fondée d'ailleurs sur la terminologie romaine et en parfait accord, comme on le verra, avec notre législation actuelle, donne la clef des controverses intermi-

nables qui se sont poursuivies durant toute l'ancienne jurisprudence, et durent aujourd'hui encore, sur cette question du *periculum rei venditæ*. Ceux qui concevaient la vente comme une obligation *absolue* de *præstare rem* ne pouvaient comprendre la solution du droit romain qui mettait les risques à la charge de l'acheteur. Comment, pensaient-ils, peut-on mettre les risques à la charge de celui qui n'a encore aucun droit sur la chose, qui a seulement une *action personnelle pour arriver à l'achat de cette chose*? Cela leur semblait absurde. Ils invoquaient le droit romain lui-même contre le droit romain et montraient que la maxime « *Res perit domino* » est la condamnation de la doctrine qui met les risques à la charge d'un *simple créancier* de la chose.

C'est en se plaçant à ce point de vue que Grotius déclare le droit romain contraire à la logique des choses. « *Quod res periculo est emptoris et ut fructus ad eum pertineant antequam dominium transeat, commentæ sunt juris civilis.* » *De jure Belli ac Pacis*, lib. II, chap. 12, § 15. Il cite des législations qui n'admettent pas ce principe. *Imo plerisque legum conditoribus placuisse ut ad traditionem usque res commodo et periculo venditoris sit notavit Theophrastus in loco qui apud Stobæum est (titulo de Legibus), ubi et multa alia instituta reperias multum differentia a jure Romano.*

Après lui, comme avant lui, la solution du droit romain a mis à la torture bien des esprits. Certains ont tenté de la justifier par l'équité, présentant la charge des risques pour l'acheteur comme une compensation de *la chance de plus-value* de la chose, dont il profite. Mais cette raison n'est évidemment pas suffisante pour justifier ce qui serait une violation flagrante de la logique. La chose n'a guère chance de doubler de valeur : donc les chances ne compensent pas les ris-

ques. Ni l'équité ni la logique ne pourraient donc justifier cette étrange solution.

La vérité c'est qu'ici, comme dans toutes les controverses d'ailleurs, les esprits arrivent à des solutions ou des conclusions différentes parce qu'ils se représentent des *hypothèses différentes*. En cette matière des intentions, la séparation originelle des concepts est très délicate et cependant, ici plus que partout, c'est le cas de se rappeler le mot de Dumoulin : *Modica circumstantia facti affert sæpe magnam juris diversitatem*. Les Romains ont donné la solution vraie pour la conception qu'ils se faisaient de l'acte ; et cette conception, c'est celle de l'acte de disposition, en opposition avec celle de l'acte d'obligation. La caractéristique de celui-là nous apparaît maintenant d'une manière de plus en plus claire. Nous avons dû, dans les explications préparatoires du début, nous borner à le définir comme conçu exclusivement *in rem*. Nous pouvons maintenant mieux préciser le contenu de l'acte de volonté qui gît dans ce contrat : c'est une obligation de *rem habere licere*, une obligation *négative* dont l'objet est une *abstention* (1).

(1) « Stipulatio ista « habere licere spondes ? » hoc continet ut liceat » habere nec per quemquam omnino fieri quominus nobis habere liceat.. » Reus se obligat *ne ipse faciat quo minus habere liceat*: obligatur etiam » ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat ne habere » liceat », 38, pr. Dig. 45, 1. « Qui id quod in faciendo aut non faciendo » consistit stipulatur, incertum stipulari videtur... *in non faciendo*, veluti, per te non fieri quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat.. » *per te non fieri quo minus mihi hominem Erstem habere liceat* », 75, 7, Dig. 45, 1.

Quoi de plus significatif en faveur de notre thèse que le rapprochement contenu dans ce dernier texte qui est d'Ulpien. Le rôle du vendeur est assimilé à celui du sujet passif d'une servitude, lequel incontestablement n'est tenu qu'à « patientia ». La loi 83, princ. au même titre, ne contredit pas ces principes ; elle pose que l'objet principal dans l'obligation de *habere licere*, c'est sans doute *simplex abnutivum*, mais elle ajoute une obligation accessoire de *curare ut dolus malus absit*. C'est la « cautio de dolo » devenue de style dans les contrats afin de sauvegarder les exigences de la bonne foi contre les conséquences strictes des concepts juridiques.

Il nous faut ici aller au-devant d'une explication qui serait un peu prématurée s'il ne fallait prévenir un malentendu qui ne manquerait pas de se produire. Cette définition de l'effet de la vente que donnent les Romains *venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat* et qui se trouve dans un fragment célèbre d'Africain inséré au Digeste (30, Dig., 19, 1), a donné lieu, dans notre ancien droit, à une interprétation absolument étrangère à l'idée romaine, mais qui se discute encore aujourd'hui. Cette définition, on le voit, exprime l'essence de l'acte de disposition et l'exprime avec une merveilleuse netteté. Mais elle ne touche en rien à la question de savoir si le vendeur doit ou non, dans l'intention des parties, être propriétaire de la chose qu'il s'oblige à *habere licere*. Cette question importe beaucoup à l'acheteur car l'*adquisitio* qu'il accomplit en vertu de la *licentia habendi*, de la *délivrance*, au sens étymologique (*liberare, præstare vacuum possessionem*) ne sera que vaine formalité si le vrai propriétaire, resté étranger au contrat, vient réclamer sa chose ou même l'empêche d'en prendre possession. Mais l'essence du contrat n'est en rien modifiée par ces différences objectives. Cette essence reste indépendante de cette circonstance, au fond *extrinsèque* : la qualité de vrai propriétaire chez le vendeur. Cette qualité fait sans doute la valeur véritable de la *licentia habendi* stipulée et achetée. Elle entre par suite, comme clause tacite, dans les prévisions de l'acheteur qui doit être présumé vouloir l'acheter et la payer à un vrai propriétaire. Il est cependant possible qu'il achète volontairement d'un simple détenteur avec l'espoir que le vrai propriétaire restera inactif. Dans ce cas, c'est bien uniquement la *licentia habendi* qu'il achète. C'est cependant une vente, la vente par laquelle, selon la définition de l'article 1582, on s'oblige à livrer la chose dont on n'est pas propriétaire, *la chose d'autrui*. Mais,



répétons-le, toutes ces conditions tacites sont des clauses « de derrière la tête » ; elles restent indépendantes et il est seulement *de la nature* de la vente de présumer que l'acheteur a voulu acheter d'un vrai propriétaire. Or, dans l'ancien droit, le principe émis par Africain a été interprété dans un sens attentatoire à la volonté ainsi formée des parties. Il n'a pas été entendu comme exprimant d'une manière profonde l'essence de l'acte de disposition, mais comme signifiant que le vendeur n'est jamais obligé d'être propriétaire de la chose qu'il vend, que l'acheteur n'a pas à se plaindre s'il a reçu de son vendeur la seule *vacua possessio*, alors même qu'il reconnaîtrait que la chose n'appartenait pas à celui de qui il l'a acquise. Il devrait attendre l'éviction réalisée effectivement. Parmi les commentateurs du Code Napoléon, il s'en est trouvé aussi qui critiquent, sous l'empire de la même idée, l'expression de l'article 1582 aux termes duquel le vendeur *s'oblige à livrer*. Ils voudraient qu'il eût dit « s'oblige à transférer la propriété ». D'abord, un tel remplacement serait très malheureux. Il troublerait le vrai concept de la vente civile. Le contrat de vente cesserait d'être un pur acte de disposition. En effet, celui qui s'oblige *à livrer* ne contracte qu'une obligation négative ; il s'oblige à évacuer la chose, *præstare vacuum possessionem*, à rendre la chose *libre* : ce qui explique la solution sur les risques. Au contraire, celui qui s'oblige *à transférer*, celui-là s'oblige à faire une prestation *active*. On sera porté à mettre les risques à sa charge. Mais d'ailleurs, en dehors de ce danger à résulter de la substitution de termes, il est certain que d'une part le mot « livrer » exprime exactement la nature de l'obligation du vendeur et que, d'autre part, il n'implique absolument rien, ni pour ni contre, sur la question de savoir si le vendeur doit ou non être propriétaire. C'est l'intention latente des parties qui doit régler

la question. Il en est de même de l'expression *habere licere* du droit romain. Ce qu'il y a de plus probant à ce sujet, c'est que le fragment même d'Africain qui a donné lieu à ces interprétations déclare expressément que le vendeur, de droit commun, *doit être propriétaire*, et que l'acheteur peut prétendre que le contrat n'est pas loyalement exécuté si cela n'est pas. Sans attendre l'éviction effective, il peut réclamer d'être indemnisé de tout le dommage qu'il éprouve en ne devenant pas propriétaire, comme il avait espéré le devenir. « *Si sciens alienam rem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit Africanus, in id quanti mea intersit meam esse factam* ». Que manque-t-il donc à une telle doctrine pour répondre à toutes les exigences de la raison, de l'équité, des besoins commerciaux ? N'arrive-t-elle pas pratiquement au même résultat que si l'acte de disposition avait expressément pour objet le transfert de propriété ? Et elle a l'énorme avantage de fournir l'expression fidèle de la nature essentielle de cet acte dont nous nous efforçons d'élucider la vraie physionomie. Elle met en relief sa caractéristique essentielle qui est d'être exclusivement conçu *in rem*, de se résumer dans la chose même à livrer, et, par suite, de n'obliger la personne qu'à un fait *négatif*, la *liberatio* de la *res* ou du droit réel, véritable et unique matière du contrat. La personne n'est donc tenue que *propter rem*, ainsi que nous le disions au début de notre analyse. Pour qu'il y ait acte de disposition, il faut que les choses seules soient objets principaux du contrat. Si la personne intervient comme objet principal, ce n'est plus un acte de disposition, c'est un acte d'obligation personnelle et les conséquences, notamment, jusqu'à présent, en matière de risques, sont radicalement différentes. Tout cela, répétons-le, sans préjudice des clauses « de derrière la tête » comme celle dont nous venons de parler.

Sans insister plus longtemps sur des principes que nous croyons avoir suffisamment discutés, il nous faut, à l'occasion de cette caractéristique essentielle de l'acte de disposition, expliquer *quelles choses* peuvent faire ainsi l'objet d'une obligation de livrer. C'est par cette étude que nous achèverons l'exégèse de notre définition des formes constitutives de l'acte de disposition.

Sur ce point comme sur les autres, nous ajournons la question des conditions de validité ou moyens de nullité. Nous ne parlons que des éléments en quelque sorte matériellement indispensables pour que l'acte ait la possibilité d'exister, fût-ce pour être déclaré nul, même de plein droit. Les nullités de plein droit ont besoin d'être prononcées par le juge. Elles supposent un acte formé qui *aurait pu* être valable.

---

L'acte de disposition suppose *une chose comme objet*, au même titre que l'acte d'obligation suppose comme objet *une personne et une prestation* à laquelle celle-ci s'astreint. Pour tous les deux d'ailleurs, il faut une personne *comme sujet*, sujet d'obligation *positive* dans le second cas, d'obligation *négative* dans le premier. Quelles choses peuvent être ainsi l'objet de cette obligation négative ?

Notre définition répond « toutes les choses qui sont dans le commerce ». En d'autres termes, toutes les choses ayant une valeur économique, et dont la loi ne prohibe pas le commerce, peuvent être l'objet d'un acte de disposition. Essayons de préciser par quelques détails l'étendue de ce domaine d'application ; puis nous étudierons quel est l'effet d'une prohibition légale d'aliéner sur l'acte de disposition intervenu au mépris de cette prohibition. Nous dirons enfin un mot des clauses privées d'inaliénabilité.

Au premier rang parmi les objets de l'acte de disposition,

il est inutile de mentionner le droit de propriété, tel qu'il existe dans nos sociétés individualistes. Le droit de disposition est partie intégrante du concept de la propriété privée. On l'a si souvent montré que nous n'oserions refaire la déduction. Le droit de jouissance personnelle implique le droit de renoncer à la jouissance soit partiellement, soit totalement, soit temporairement, soit pour toujours. L'acte de disposition, nous le savons, n'est, quant à son essence *consensuelle*, que la *renonciation perpétuelle au droit de jouir*, l'obligation complète de *rem habere licere*. L'acquisition inverse du droit réel par le bénéficiaire de cette obligation de livrer n'est que le *mode de sanction* légale et *sui generis* de celle-ci. Si le pouvoir de créer le droit réel ne rentre pas dans les pouvoirs de la volonté privée, ou si, du moins, c'est un pouvoir ajouté *ab extrinseco* à ses actes, le pouvoir de s'obliger à *rem habere licere* est, au contraire, inhérent à l'idée de la propriété. Nul ne peut être contraint à jouir malgré lui de son droit et, par suite, nul ne peut être empêché de faire de sa jouissance, pour un temps ou pour toujours, l'objet d'une négociation sous la forme de l'acte de disposition.

Capable de s'obliger à livrer tout son droit de propriété, l'individu est capable d'aliéner n'importe quelle coupure, quel cisaillement, comme on l'a dit, de ce droit. Le droit de propriété est un faisceau de facultés en nombre infini. La civilisation révèle sans cesse un mode nouveau d'usage de chaque chose ; elle augmente ainsi la liste des actes possibles de disposition.

Il faut faire ici une remarque très importante. Les modes de disposer d'une chose dans le commerce ne sont nullement limités, *ni limitables* par la loi. Mais, en disant cela, nous entendons ne parler que de l'effet conventionnel de la disposition consensuelle. S'il s'agissait de l'effet *réel*, nous

aurions bien des distinctions à faire. Nous aurions à nous poser la question de savoir si le nombre des droits réels est limité, ou si la loi sanctionne d'une action réelle tous les modes de disposition. Cette importante question doit être diversement résolue selon les différentes législations. Nous l'étudierons dans la deuxième partie de ce travail où elle a, on le voit, sa place marquée. Pour le moment, n'étudiant que l'essence consensuelle et les effets purement officieux de l'acte volontaire de disposition, nous pouvons dire que la volonté des parties est ici aussi libre de créer toutes les formes imaginables de droit qu'elle est libre, dans la matière des obligations personnelles, de créer toutes les formes imaginables de prestation obligatoire. Le principe de l'article 1134 que « les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » est absolument général et s'applique aussi bien aux *leges rei dictæ* qu'aux *leges personæ dictæ*. Si c'est une *lex* de la première catégorie, c'est la chose qui marque les limites de l'obligation : celle-ci ne s'étend pas au delà du droit concédé et au delà de la chose dans laquelle elle s'absorbe. Si c'est une *lex* de la seconde catégorie, c'est la solvabilité de la personne qui marque les limites. Ces effets sont, répétons-le, indépendants de l'existence d'une *actio in rem* donnée *erga omnes*. Le bénéficiaire de l'acte de disposition peut n'être pas *dominus légal* de son droit ; mais, entre parties, tout doit se passer *comme s'il l'était*. Il supporte les risques ; il a les avantages. Le droit est *in bonis ejus*. Il est *dominus* officieux, *virtute obligationis*, au lieu de l'être *ex jure civitatis*. Il a droit à la chose et non droit sur la chose. Il est *quasi-dominus* ; il ne l'est pas absolument et son droit est sujet aux caprices de la loi des obligations.

Ce ne sont pas seulement les choses existantes actuellement et matériellement qui peuvent ainsi être aliénées ou



capricieusement découpées par les actes de disposition les plus bizarres, ce sont aussi les *choses futures*. Parmi les choses futures, il y en a qui *doivent* arriver, il y en a qui sont *problématiques*. Celles qui *doivent* arriver, le doivent soit en vertu d'une *nécessité matérielle*, soit en vertu d'une *nécessité juridique*. Comme exemple des premières, nous ne citerons pas, comme on serait tenté de le faire, un navire en route. Sans doute, on peut dire de lui qu'il « *doit arriver* ». Mais nous prenons « *arriver* » dans un autre sens : au sens de *naître*. Le navire en voyage est une chose *existante*, quoique *absente*. Nul doute qu'il ne puisse être l'objet d'un acte volontaire de disposition, consistant à mettre les risques à la charge du bénéficiaire de l'obligation de livrer. Le fait qu'il est *absent*, quoique existant, n'aurait d'importance juridique que d'une manière accidentelle, par exemple pour l'acquisition du droit réel, si la législation, comme la législation romaine, subordonnait cette acquisition à une formalité accomplie *en présence de l'objet*. Mais, pour les effets purement conventionnels, cela n'importe en rien. Comme chose vraiment *future* devant arriver en vertu d'une *nécessité matérielle*, il faut citer la *récolte semée*. Quoique bien des événements puissent tromper les espérances du cultivateur, on ne saurait strictement ranger la récolte semée parmi les choses problématiques.

Plus importante est la catégorie des choses qui doivent arriver en vertu d'une *nécessité juridique*, puisque nous y rencontrons les *dettes*. Les droits de créance peuvent faire l'objet, quoique ne consistant pas en un droit *actuel* sur une chose, d'actes de disposition. La vente en est régie, quant aux effets consensuels, par les mêmes principes que ceux qui régissent les autres actes de disposition. Le vendeur est tenu exclusivement de *rem habere licere*. Il ne répond pas de

la solvabilité du débiteur (art. 1694). Il ne répond que de l'existence de la créance qu'il aliène (art. 1693). En cette matière d'ailleurs, comme pour les autres genres de disposition, la *cession*, c'est-à-dire l'obligation contractée *de habere licere* (*cedere* = se retirer) est bien différente du *transport*. Le transport est le déplacement réel du droit ; tandis que la simple cession n'est que l'aliénation entre parties du *bénéfice* ou, si l'on veut, du *produit* à venir du droit. La théorie du transport des créances a donné lieu à des difficultés très intéressantes que nous n'examinerons pas (1). En cette matière, il semble qu'on saisisse mieux que pour le déplacement des droits corporels la nature de l'effet *réel* de l'acte de disposition, par opposition à son effet conventionnel. Le *transport saisit*, tandis que c'était une maxime de l'ancien droit que « *Cession ne saisit point* ». La saisine, c'est l'investiture du droit *immédiat sur la chose*, du droit *réel*. Jusqu'à la saisine, le bénéfice indirect seul du droit est aliéné *inter partes*, officieusement. Mais objectivement, *réellement*, le droit continue à résider sur la même tête, sur celle du cédant. C'est ce qu'on exprimait par la qualification « cession-mandat » donnée à la cession sans transport réel.

Non seulement les choses qui doivent arriver, mais même les choses problématiques peuvent faire l'objet d'une obligation de *rem habere licere*, comme elles pourraient faire l'objet d'une obligation de *præstare*. Non seulement les choses, mais l'usage, mais *l'espérance* des choses peuvent être les objets des conventions, dit Toullier. L'exemple classique est celui du coup de filet, *jactus retis*. Les héritages, si les *pacta corvina*, pactes sur succession future, n'étaient prohibés spécialement, seraient un autre exemple de choses problématiques.

(1) Voir à ce sujet l'ouvrage très philosophique de M. Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*.

ques, étant subordonnés à la survie de l'héritier présomptif.  
*Sinant modo fata!*

Choses existantes et choses futures peuvent donc faire l'objet, comme blocs ou comme matière à découper, d'un acte de disposition réelle. Il faut spécialement remarquer que l'acte de disposition existe avec tous ses éléments constitutifs sans que le contractant ait aucun droit sur la chose qui est l'objet du contrat et qu'il s'oblige à *habere licere*. Je puis très bien m'obliger à *habere licere* la chose de mon voisin. J'aurai même très peu de peine dans ce cas à *præstare vacuum possessionem*. La vente de la chose d'autrui dont le concept est si difficile à préciser si l'on conçoit l'acte de disposition comme un transfert est, au contraire, très concevable si on le conçoit, selon sa vraie nature, comme un pur engagement de *habere licere*. C'est ainsi que les Romains le concevaient; c'est ainsi que les rédacteurs du Code l'ont conçu, le qualifiant très exactement *obligation de livrer*, dans les articles 1136 et suivants, et 1582 et suivants. Aussi les uns et les autres ont-ils été aussitôt conduits à prévoir l'hypothèse de la vente de la chose d'autrui. Pour prévenir la mauvaise plaisanterie que pourrait faire le vendeur en déclarant qu'il *livre*, qu'il *permet d'avoir* la chose vendue, qu'il n'y met nul obstacle et que, par suite, il remplit son obligation, ils ont, le droit romain dans le fragment d'Africain déjà cité, le Code Napoléon dans l'article 1599, déclaré coupable celui qui sciemment se joue ainsi d'un acheteur. Le droit romain contient implicitement la déclaration de nullité, puisqu'il déclare ouverte l'action en dommages-intérêts pour le préjudice résultant de l'annulation du contrat. L'article 1599 déclare d'abord l'opération nulle et pose ensuite le principe des dommages intérêts en faveur de l'acheteur trompé.

La raison de la nullité, c'est, on le voit, non pas l'impos-

sibilité où est le vendeur de remplir son obligation. (Au contraire, il la remplit très facilement, nous l'avons dit ! Il a bientôt « déguerpi » celui qui n'est pas propriétaire.) La raison de la nullité, c'est l'inefficacité extrinsèque de cette exécution, qui fait que celle-ci n'est qu'un leurre pour l'acquéreur. C'est à cause de cette étrange situation que la loi a dû intervenir spécialement. Si la difficulté n'avait consisté que dans l'impossibilité d'exécuter, le droit commun des conventions suffisait ; il eût été bien inutile de faire pour ce cas une disposition spéciale. Avant l'exécution, ou après l'éviction, l'acheteur était armé suffisamment par le *droit commun*. Mais comme ici pouvait se présenter, la délivrance réalisée, d'une part, et d'autre part, l'inefficacité absolue de cette délivrance, il n'y avait, comme les Romains l'avaient très finement reconnu, aucune ressource dans le droit commun. Le vendeur exécutant son obligation, il ne restait qu'une action *tirée de son dol* pour faire annuler le contrat et donner lieu aux dommages-intérêts que l'équité exigeait, mais que la stricte logique des principes refusait. Nous ne faisons que traduire Africain lui-même qui dit très nettement, en une phrase qui doit être le commentaire de l'article 1599 : « Quia dolum malum abesse venditor præstare debet, tenetur is qui sciens alienam rem, non suam, ignoranti vendidit. » Il est tenu parce qu'il s'est laissé acheter un droit imaginaire et ne doit pas pouvoir tirer bénéfice de son propre dol au détriment d'un acheteur imprudent. Quand celui-ci lui a demandé à propos de la chose, comme dans la formule célèbre de Varron : *Tanti est mihi emptæ ?* au lieu de répondre *Est* et de s'engager à *rem habere licere*, il aurait dû découvrir la vérité. La nullité est une juste *restitutio in integrum* contre le contrat vicié d'une telle perfidie.

Notre manière de présenter l'hypothèse de la vente de la

chose d'autrui, outre qu'elle est parfaitement d'accord avec les principes généraux de la vente tels qu'ils sont posés par la jurisprudence romaine, a encore l'avantage de justifier les atténuations apportées par l'interprétation judiciaire au principe de la nullité posé par l'article 1599. On admet, en effet, que le vendeur d'une chose qui ne lui appartient pas peut se mettre à l'abri de l'action en nullité si, *avant que cette action soit intentée*, il apporte la ratification du propriétaire ou s'il prouve qu'il est lui-même devenu propriétaire (Agen, 13 juin 1866, Sir. 66.2.339. — Cass., 30 décembre 1872, Dall. 73.1.437. — Cass., 8 décembre 1873, Dall. 74.1.128. — Pau, 8 juillet 1874, Sir. 81.1.355. — Dijon, 9 mars 1881, Sir. 82.2.220).

Cette atténuation est admissible et logique si le contrat n'est déclaré nul que par la considération de l'intérêt de l'acheteur menacé d'avoir acheté, peut-être très cher, un droit inefficace. Si par une circonstance postérieure le droit devient efficace pourquoi la nullité serait-elle maintenue ? Au contraire si la vente était nulle *ab initio*, elle ne pourrait aucunement être validée.

Mais le plus fort argument en faveur de cette doctrine, c'est que toutes les ventes de la chose d'autrui qui sont autre chose que l'obligation de *rem habere licere* et qui impliquent chez le vendeur une obligation *positive* sont valables de l'avis de tous les commentateurs et par l'autorité de la jurisprudence. Supposez en effet que je m'oblige, non à vous *livrer* simplement, mais à vous *prêter*, à titre de vente ou autrement, la chose d'autrui, nul doute qu'alors l'opération ne soit parfaitement valable. Pourquoi cette différence ? C'est qu'il n'y a plus ici un acte de disposition ; l'acte n'est plus conçu *in rem*, mais *in personam*. Le vendeur — si l'on pouvait appeler strictement ce contrat une *vente* — s'oblige à *donner* au sens *positif* et non au sens de *præstare vacuum possessionem*. Il sera alors tenu,



de par le contrat, d'*acheter* la chose ou de se la procurer par n'importe quel moyen de droit pour la donner. C'est comme nous venons de le dire un contrat bien différent du concept traditionnel de la vente; il engendre une espèce d'obligation de *faire*. La plus importante conséquence pratique serait pour la question des risques. Celui qui s'oblige ainsi serait, au cas de perte de la chose, libéré sans doute de son obligation par suite de l'impossibilité matérielle de l'exécuter; mais incontestablement *il n'aurait pas droit d'en recevoir le prix*. La solution qui met les risques à la charge de l'acheteur est particulière à l'obligation *négative* de livrer, c'est-à-dire à l'opération juridique qui constitue un pur acte de disposition, une *vente* véritable au sens de l'article 1582.

Les contrats ayant pour objet d'obliger une personne à *fournir* une chose qu'elle n'a pas, mais qu'elle espère se procurer sont validés par une jurisprudence constante qui déclare que de tels contrats ne tombent pas sous le concept de vente de la chose d'autrui. V. par exemple Paris, 25 août 1845. Les ventes de ce genre sont le *droit commun* en matière commerciale. Aussi n'applique-t-on pas en matière commerciale le principe du transport des risques à l'acheteur dès le moment du contrat (1). Toutes les solutions pratiques con-

(1) Le concept de la vente en droit commercial et celui de la vente en droit civil sont donc absolument hétérogènes. Les mots sont, comme l'a dit P. Gide, des bouteilles, dont le contenu ne répond pas toujours à l'étiquette. La vente commerciale est un contrat par lequel une partie s'oblige à *procurer à une autre la propriété* de certaines marchandises, à les *fournir*, selon l'expression technique, et l'autre à les payer, tandis que la vente du droit civil est un contrat par lequel le vendeur *s'oblige à livrer*. Ces deux concepts différents engendrent des conséquences très divergentes, opposées même. Il est fâcheux qu'ils portent le même nom. La vente commerciale est un contrat personnel où la personne met au premier rang sa garantie. Dans la vente civile, au contraire, les choses sont au premier plan.

cordent, on le voit, pour nous confirmer dans la voie que nous suivons.

L'ancien droit français n'accordait pas à l'acheteur de la chose d'autrui la restitution que lui accordait le droit romain et que lui accorde le Code Napoléon. Cependant, en cas d'éviction réelle, il avait le droit de demander à son vendeur des dommages-intérêts. « Quand même, dit Pothier (*Traité du contrat de vente*, § 1), l'acheteur découvrirait que le vendeur n'était pas propriétaire de la chose qu'il a vendue... cet acheteur, tant qu'il ne sera pas inquiété dans sa possession, ne pourra pas pour cela prétendre que le vendeur n'a pas rempli son obligation ». C'était l'application rigoureuse du concept de l'acte de disposition, concept d'ailleurs expressément défini par Pothier au début de son traité du contrat de vente, dans les termes où Africain le définissait et où le Code Napoléon a persévéré avec raison.

Nous devrions clore le plus tôt possible ce développement, que nous aurions voulu faire plus court, et achever notre étude des autres objets de l'acte de disposition. Il nous faut cependant dire un mot de la portée d'application du principe de la nullité posée dans l'article 1599. Faut-il l'étendre à tous les actes de disposition ? ou bien faut-il le limiter à l'acte de disposition de la propriété : la vente ? La constitution d'un usufruit sur la chose d'autrui serait-elle nulle par identité de motifs ? Nous le croyons (1). L'article 1599 pose un principe s'appliquant à tous les actes de disposition ; mais à eux seuls. La question est discutée, en effet, de savoir si le louage de

(1) L'hypothèse de la *cessio* d'un usufruit que l'on n'a pas est spécialement prévue au Digeste et validée selon les principes du droit romain (sous le bénéfice de la *restitutio* qu'Africain croyait devoir être accordée en ce cas). « Quod nostrum non est, transferemus ad alios, dit Paul (63, Dig., 7, 1) ; veluti is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest ».

la chose d'autrui serait valable. La question dépend de celle de savoir si le louage est un acte d'obligation ou un acte de disposition. Si l'on admet, avec l'opinion générale, que le louage est un acte d'obligation, on doit admettre la *validité du louage de la chose d'autrui*. Le bailleur encourt la responsabilité du droit commun, *s'il ne peut exécuter* ce qu'il s'est obligé à faire. L'impossibilité d'obtenir l'acquiescement du vrai propriétaire ne serait pour lui une excuse valable au même titre que la destruction de la chose que si le preneur au moment du contrat avait *tacitement* admis cette éventualité ayant connaissance que le bailleur n'était pas propriétaire de la chose qu'il s'engageait à mettre en la jouissance du preneur (V. sur cette question Guillouard, *Louage*, I, nos 51 à 53).

Résumant l'ensemble de cette discussion, nous voyons que, sous la restriction de cette nullité, purement *relative*, les choses d'autrui elles-mêmes peuvent faire l'objet de l'acte de disposition. Rien donc ne limite matériellement le domaine d'application de cette forme de contrat. La nature négative de l'obligation qu'il engendre à la charge de la personne qui le conclut est la raison de cette universalité d'application.

Quelle est maintenant l'influence sur l'acte de disposition d'une prohibition légale d'aliéner ? Il peut arriver, en effet, que la loi paralyse en de certaines mains et pour certaines raisons, dans des circonstances déterminées, le droit de disposition de la chose. Le propriétaire est capable selon le droit commun quand il s'agit des autres actes juridiques ; mais, quant à une ou plusieurs choses, son droit de disposition est mis en échec. Pour des raisons d'intérêt général, la chose est immobilisée entre ses mains. *Quid* de l'acte de disposition conclu alors malgré la loi ? Est-il doué d'existence

légale, régulier, valable, mais paralysé seulement dans sa réalisation ? Ou bien l'inaliénabilité de la chose a-t-elle pour effet de réduire à l'état de néant juridique « *ab initio* » l'acte de disposition ? La question n'est pas purement théorique. Elle a engendré en matière d'inaliénabilité dotale de grandes discussions qui durent encore. La dot est inaliénable pendant le mariage. Faut-il admettre que cette inaliénabilité a seulement pour effet de *paralyser* pendant le mariage l'*exécution* de l'acte de disposition ? ou faut-il déclarer que le principe de l'inaliénabilité a pour effet d'*annuler ab initio* tout ce qui, directement ou indirectement, tiendrait à aliéner la dot ?

La question n'a pas fait et ne peut faire doute. Lorsque la loi prononce l'inaliénabilité, ce principe prohibitif n'a pas seulement le piètre résultat de *retarder* l'exécution de l'acte. L'acte est *nul ab initio*. Il faudrait que la loi eût spécialement déclaré qu'elle n'entend créer qu'une *indisponibilité* temporaire. Mais, en l'absence de cette restriction expresse, le droit commun des clauses légales d'inaliénabilité, c'est d'annuler instantanément et définitivement l'acte de disposition. Elles le tuent, pour ainsi parler, dès qu'il naît. On ne peut même pas dire qu'il naisse, car, à chaque moment infinitésimal de sa production, correspond une destruction légale ; il meurt dans son germe.

Mais cela est spécial à l'acte de disposition. Il contient en effet une *aliénation actuelle*. Il va directement et *de par son essence même* à l'encontre de la loi d'inaliénabilité. Celle-ci, répétons-le, le tue dans l'œuf. La question, en matière de dotalité, s'est posée pour les actes qui ne sont actes de disposition qu'au sens indirect que nous avons défini dans l'introduction de cette étude. L'obligation personnelle, avec le droit de gage général que l'article 2093 attribue à cette forme de contrat, se rapproche, par cet effet accidentel, lointain,

mais légal, de l'acte de disposition. Or, si la loi déclare la dot inaliénable pendant le mariage, rien, dans les dispositions légales, n'interdit expressément à la femme de s'obliger, selon le droit commun des femmes mariées, bien entendu. Durant le mariage, incontestablement, le bien dotal ne pourra être saisi pour l'exécution d'obligations de ce genre. Mais, après la dissolution de l'union, les créanciers ne pourront-ils pas réaliser leur gage ? Faudra-t-il leur objecter que les obligations contractées pendant l'existence de la dotalité étaient *ab initio* frappées de nullité en tant qu'elles contenaient *indirectement* un acte de disposition de la dot ? Cela était conforme à l'esprit de la dotalité. La jurisprudence et une grande partie de la doctrine adoptent le résultat, mais le justifient d'une autre manière. Pour atteindre les obligations personnelles de la femme, le concept de la simple inaliénabilité dotale a paru insuffisant et l'on a cru nécessaire d'ajouter à l'inaliénabilité des biens dotaux une *incapacité* spéciale de la femme dotale. Toute la doctrine ne s'est pas ralliée à cette théorie et deux écoles existent actuellement sur le caractère de la dotalité : inaliénabilité simple et incapacité. Ce n'est pas l'objet de ce travail d'intervenir dans cette question pour en chercher la vraie solution. Il nous suffit d'avoir marqué comment elle se rattache à nos principes généraux. Notre seule conclusion c'est que le principe de l'inaliénabilité simple *pourrait* à la rigueur faire échec à l'exécution des obligations sur les biens dotaux à cause du caractère d'acte *indirect* de disposition qui appartient à l'obligation.

La loi a pouvoir de sanctionner ainsi l'inaliénabilité qu'elle édicte par la nullité *radicale* de l'acte contraire ; mais les particuliers ne peuvent s'attribuer une telle puissance. Les



clauses privées d'inaliénabilité n'ont en principe aucun effet à l'encontre des actes réguliers de disposition ; elles ne les annulent point. Ce sont des obligations de ne pas faire. Leur seul effet est d'engendrer une action en responsabilité contre celui qui agit au mépris de son engagement. Cela du moins si l'engagement est contractuel. (On conçoit, en effet, des clauses non contractuelles d'inaliénabilité. L'Amérique connaît l'inaliénabilité du homestead. Elle est sanctionnée par la loi ; mais c'est en vertu d'un privilège spécial qui fait de la clause privée une véritable prohibition légale analogue à la dotalité. Notre droit ne connaît, en cette matière, que la *dot*.) Les clauses contractuelles n'ont d'effet que si elles peuvent être assimilées à un transfert de droit réel. Mais alors elles rentrent dans le droit commun des actes de disposition, car, s'il y a aliénation effective, l'acte postérieur est nul par ce principe que *prior tempore potior jure*.

## SECTION II. — Moyens de nullité contre l'acte légal de disposition.

Les conditions d'*existence légale* du contrat dispositif de droits réels précisées dans la section précédente importaient beaucoup plus à notre thèse que les conditions de *validité* dont nous allons dire rapidement quelques mots. L'étude de ces dernières conditions présente, sans doute, en pratique une importance prépondérante et, si notre analyse était conçue dans un esprit d'utilité empirique, nous devrions faire à ce côté de la question une très grande place. Mais, conformément à notre titre, nous sommes plutôt préoccupé de définir un concept, celui de l'acte de disposition, que de déterminer les réglementations pratiques et extrinsèques dont

il est l'objet. Le détail de ces réglementations détournerait l'attention de notre idée directrice : or nous soutenons une « thèse », nous ne faisons pas un « traité ».

L'article 1108 du Code Napoléon énumère les « conditions essentielles pour la validité des conventions ». « Quatre conditions, dit-il, sont essentielles pour la validité d'une convention : *Le consentement de la partie qui s'oblige. Sa capacité de contracter. Un objet certain qui forme la matière de l'engagement. Une cause licite dans l'obligation* ». Cette énumération a donné lieu à une grave critique. Les rédacteurs du Code auraient confondu sous le titre de « conditions de validité » les conditions d'*existence* du contrat. Le consentement, dit-on, est une condition d'existence et non de validité. L'*objet* est aussi une condition d'existence. Nous venons d'analyser les conditions d'existence : il nous est facile de déterminer dans quelle mesure ce reproche est fondé, à propos de chacune des conditions énumérées dans l'article 1108.

1° *Du consentement de la partie qui s'oblige.* — Nous avons vu dans la section précédente que la manifestation de volonté est le fait essentiel *constitutif* de l'acte de disposition. En quel sens l'article 1108 peut-il maintenant exiger le consentement à titre de « condition de validité » ? La définition que nous avons donnée de la manifestation de volonté nous permet de résoudre la question. La manifestation de volonté qui *fait* le contrat est une « apparence », un phénomène extérieur. *Forma dat esse contractui*. Le droit est contraint par la nature des choses d'admettre comme acte juridique un *fait extérieur*. L'*essence* constitutive de l'acte juridique est un phénomène matériel ; le consentement est donc une *condition de validité* de ce phénomène. Comme le disait Grotius : *Actus internus non est congruens naturæ societatis humanæ* (*De jure Belli*, lib. II, ch. VI, § 1).

L'essence de l'acte est donc, si l'on nous permet cette expression, un *consentement extérieur*, c'est-à-dire l'ensemble des manifestations qui font de droit commun reconnaître le consentement humain. La condition de validité c'est le consentement intérieur, c'est-à-dire la volonté réelle, non viciée par un défaut psychique.

La matière du mariage nous fournit un exemple frappant de cette distinction. Si la future ne s'est pas présentée devant l'officier d'état civil, ou si elle n'a pas répondu le « oui » sacramentel, le mariage n'existe pas. Si le dol, la violence, l'erreur l'ont au contraire amenée à prononcer matériellement cette adhésion, le mariage existe ; mais comme, aux termes de l'article 146, « il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement », la nullité pourra être prononcée. La loi 21, §, Dig., 4, 2, explique très bien ces principes : *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui ; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*

Il n'en est pas autrement quand il s'agit des autres contrats. La manifestation extérieure répondant à la définition de l'article 1101 constitue le fait juridique qui produit les conséquences légales. Mais les articles 1109 et suivants permettent de faire valoir des causes légales d'excuse et de restitution contre le consentement donné. Ce sont le *dol*, la *violence*, l'*erreur* et parfois la *lésion*.

2<sup>o</sup> *Capacité de contracter.* — Les conditions de capacité *absolues* pour contracter ayant été examinées comme conditions constitutives du contrat, il ne s'agit maintenant que des *vices* de capacité. Les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne sont pas, dans notre droit, incapables absolument. Les contrats qu'ils forment, si les conditions essentielles sont

présentes, peuvent seulement être argués de vice à raison de ces diverses qualités, minorité, interdiction, puissance maritale. Ils donnent lieu à une *restitutio in integrum* : donc ils existent légalement. On ne restitue pas contre le néant.

L'idée de cette *restitutio* est empruntée à la législation romaine qui l'institua comme faveur exceptionnelle au profit des mineurs de 25 ans. La loi qui régissait les mineurs en tutelle était, on le sait, différente. Ils étaient *absolument capables d'acquérir* et *absolument incapables* d'aliéner ou de rendre leur condition pire. Leur *personnalité* semblait rester entière ; leur *patrimoine seul* était frappé d'interdit. Il ne pouvait être affecté en quelque manière que ce fût par l'acte du mineur. La nomination du tuteur avait, en quelque sorte, pour effet de *mettre sous clef* toute la fortune du mineur : le tuteur seul pouvait en ouvrir les portes par son *auctoritas* donnée régulièrement. De sorte que le contrat fait sans l'*auctoritas* ou en vertu d'une *auctoritas* irrégulière, *perperam adhibita* (2, Dig., 26, 8) ne pouvait jamais léser le mineur ; le cocontractant n'avait action que pour récupérer le gain fait par ce dernier, *actio datur in quantum pupillus locupletior factus est*.

Notre droit, on le voit, a largement étendu la capacité du mineur. Si le contrat ne présente aucune lésion, il lie le mineur, comme il aurait lié un majeur (1).

Quant aux contrats faits par les interdits et les femmes mariées, il n'est pas besoin de prouver l'existence d'une lésion pour les faire annuler ; mais ils ne sont pas nuls de plein droit en ce sens que la nullité pourrait en être invoquée

(1) « Minor restituitur, *non tanquam minor, sed tanquam læsus* ». On peut donc dire que la minorité n'est pas dans notre droit une cause de nullité ; elle n'influe qu'en ce sens, à savoir que l'action en rescision pour lésion est plus libéralement ouverte au mineur qu'au majeur.

par tout le monde. L'article 1125 contient donc un principe important quand il pose que les contrats ne peuvent être attaqués pour cause d'incapacité « que dans les cas prévus par la loi » et par les personnes que la loi y autorise. Les mutilations de capacité civile n'existent plus dans notre droit. Quiconque peut réaliser les conditions matérielles nécessaires pour vouloir contracter valablement et efficacement. Les cas d'annulation sont strictement limités et réduits à ce qu'exigent spécialement l'équité ou l'ordre public.

3<sup>e</sup> *Objet certain qui forme la matière de l'engagement.* — Ici il est plus difficile de marquer la distinction entre la condition d'existence et la condition de validité. Une convention qui n'aurait aucun objet serait le néant, car on ne conçoit pas une volonté vide de tout contenu. On ne peut dire que l'on s'oblige sans déterminer en quelque mesure à quoi l'on s'oblige. Un blanc seing lui-même a un objet : celui qui le donne s'oblige à tout ce que voudra celui qui le reçoit. C'est encore dans une certaine mesure un objet déterminé. Quand les articles 1126 à 1130 analysent les objets possibles des contrats, ils parlent plutôt des conditions d'existence que des conditions de validité. Nous avons dans la section précédente expliqué les principes qui régissent cette matière. Une convention n'ayant ni objet certain, ni objet licite est nulle *ab initio*. Elle n'a pas besoin d'être annulée. La convention par laquelle on s'oblige à livrer une chose hors du commerce, ou un pacte sur succession future ne se valident pas par le délai de dix ans. Si l'on voulait citer des conditions de validité tenant à l'objet, il faudrait parler de la qualité de chose d'autrui : dix ans après le vice découvert, l'action en nullité ne pourrait plus être intentée. On peut se demander si l'action en dommages-intérêts subsisterait, malgré cette consolidation du contrat. Les principes analysés dans la section pré-



cédente semblent conduire à répondre négativement. Nous n'avons pas à revenir sur ce sujet très difficile et nous arrivons, en suivant l'énumération des moyens d'annulation possibles contre un acte de disposition légalement formé, à l'importante étude du rôle de la cause.

4<sup>e</sup> *Une cause licite dans l'obligation.* — L'article 1108, dont nous reproduisons les termes, ne parle de la cause que pour exiger qu'elle soit *licite*. Faut-il en conclure que l'existence même d'une cause est plus qu'une condition de validité et serait ainsi une condition *de l'existence* légale de la convention ? La cause d'un contrat est le *futur effet de droit*, mais l'effet *immédiat*, dont la pensée est pour le promettant le motif *sine qua non* de l'obligation contractée. Dans la terminologie allemande, c'est le mot *Voraussetzung* qui désigne la même chose que le mot cause en ce sens. Le professeur Lennel, dans de savantes études sur cette question insérée dans la revue juridique *Archiv für die civilistische Praxis*, tomes 74, 78, 79, définit la *Voraussetzung* dans les termes suivants : *Voraussetzung einer Handlung ist, Kurz ausgedrückt, jede Annahme oder Erwartung ohne die der Handelnde nicht gehandelt haben würde.* Pour un acte *juridique*, l'attente est d'essence *juridique*. C'est une supposition (*Voraussetzung*) *juridique* qui est raison déterminante (1).

(1) « La cause de l'obligation est le but immédiat et direct que le débiteur s'est proposé d'atteindre en s'obligeant (cur promisit) ». Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. V, § 46 bis.

Il est très difficile de distinguer exactement en théorie le vrai concept de la *cause* des deux autres éléments voisins dans le concept du contrat. Le premier de ces éléments, ce sont les considérations diverses qui, sans être la raison juridique directe et *sine qua non* de l'obligation, ont pu entrer en ligne de compte pour décider le promettant à *contracter*. Ce sont des circonstances *de fait*. Elles sont visées par la théorie de l'erreur et, aux termes de notre droit, elles n'annulent que si elles sont relatives à la *substance* de la chose. C'est ce que M. Colmet de Santerre appelle la

Ainsi définie la cause semble *devoir* être un élément constitutif du contrat et non pas seulement un élément de sa validité. Une volonté sans un tel motif déterminant est-elle une volonté digne d'être prise en considération par le droit ? Ne rentre-t-elle pas dans la catégorie de ces volontés bâtarde et débiles dont nous avons parlé dans la section précédente ? N'avons-nous pas dit que la sanction donnée aux volontés se fonde uniquement sur leur intelligence et qu'elle est un hommage rendu à la faculté de progrès qui caractérise l'homme raisonnable ? Comment avec de telles prémisses le droit pourrait-il sanctionner une manifestation physique de volonté privée même de l'intuition d'un but *juridique* qui motive son propre assujettissement ?

La réponse est toujours la même : le droit a une conception déterminée du contrat méritant réellement d'être sanctionné et, parmi les éléments qui constituent ce contrat type, la

*cause impulsive* du contrat (*Cours anal.*, t. V, § 46). Le second de ces éléments, ce sont les circonstances qui, non pas causes, mais, ce qui est mieux, *clauses* expresses ou même tacites *du contrat*, conditionnent directement l'obligation ou la prestation et peuvent, en ce sens, être dites causes de l'obligation. C'est en ce sens que, dans le *mutuum*, la dation des deniers est la *causa obligationis* de l'emprunteur ; c'est pour lui l'*initium obligandi*. Le mot *causa* est pris en ce sens dans la définition des contrats innommés que donne Ulpien... « subsit tamen causa... » 7, 2, Dig., 2, 14, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre en lisant le contexte. C'est une prestation *de fait*, un commencement d'exécution du contrat, qui *fait naître* l'obligation réciproque, *initium obligandi*. La véritable « *causa obligandi* » est la pensée des conséquences *juridiques* qu'attend et vise celui qui s'oblige. Les auteurs allemands qui ont écrit sur la *Voraussetzung*, et notamment le plus célèbre d'entre eux, Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, nous semblent mêler dans la notion de la cause juridique de l'obligation, *causa obligandi*, des éléments qui sont des conditions *tacites* de l'*initium obligandi*, idées de fait, non de droit, conditionnant la prestation et non pas décidant à l'obligation, *tacita clausula* « *rebus sic stantibus* ». Nous regrettons que le cadre de ce travail ne nous permette pas d'insister sur ces questions si intéressantes, mais si délicates !

« cause » intelligente, véritable, licite se rencontre au premier rang. Mais est-il nécessaire que le droit exige toujours que cette cause lui soit spécialement et au préalable rendue visible, pour qu'il octroie le privilège de la sanction légale ? Ne serait-ce pas une précaution excessive ? Ne peut-il pas *présumer* jusqu'à preuve contraire qu'un homme, *d'ailleurs raisonnable*, a une cause pour s'obliger ? Ainsi, de condition d'*existence*, la cause devient condition de *validité*. Cette transformation des principes git dans l'article 1132 du Code Napoléon. « La convention n'en est pas moins valable *quoique la cause n'en soit pas exprimée* ». Il suffira donc que la manifestation de volonté présente les caractères extérieurs d'une volonté raisonnable et libre pour que le droit la sanctionne. Ce n'est pas, redisons-le, que le droit ait pour intention de sanctionner une volonté *sans cause* ; en effet, avant de poser ce principe que la cause n'a pas besoin d'être exprimée, il avait déclaré que « l'obligation *sans cause* ou *sur une fausse cause* ou *sur une cause illicite* ne peut avoir aucun effet ». C'est donc uniquement par désir de simplifier le mécanisme des sanctions légales, par désir de donner aux individus une indépendance plus grande, même s'il doit en résulter quelques erreurs de sanction juridique, que la loi a permis à ces individus de se lier sans exprimer la cause. Mais, tout en augmentant ainsi, en même temps que la simplicité du mécanisme, les dangers qu'il peut préparer, la loi a soin de donner aux parties intéressées un recours spécial pour parer à ces dangers. C'est la *preuve de l'absence de cause*. Si l'obligé la fournit, la loi se rétracte. Elle refuse son bras dès qu'il lui est démontré qu'il faisait, dans l'espèce, une œuvre injuste ou irrationnelle ou immorale. Voilà comment les prescriptions relatives à la cause dans un contrat sont devenues de simples conditions de *validité*.

C'est, on le voit, un *demi-formalisme*, un *formalisme réparable* par démonstration spéciale, un *formalisme utilitatis causa*, un *formalisme* jusqu'à preuve contraire. Le spiritualisme, malgré l'article 1132, reste le fond de notre droit des obligations. L'action en nullité pour défaut en cause, ou pour erreur dans la cause, ou pour immoralité, suffit à rétablir l'équilibre désirable et intervient à propos pour remettre le droit en harmonie avec les « *desiderata* » de la conscience, toutes les fois qu'il serait tenté de les heurter par une confiance excessive dans les consentements. Cette action en nullité est le moyen le plus efficace pratiquement pour combattre l'effet d'une convention qui, par les circonstances où elle est intervenue, ne mérite pas d'être sanctionnée. Les moyens tirés des vices du consentement, dol, violence, erreur, ou du préjudice à résulter du contrat (lésion), ne doivent être employés que quand la *cause même* de l'obligation est inattaquable. Celui qui s'est obligé a-t-il eu en vue un résultat *juridique* à produire et qui devait être atteint par son obligation ? Celui qui s'est obligé à livrer l'a-t-il fait par la « *considération* », comme dit le droit anglais, de cet effet *juridique*, qui consiste dans la *dette du prix*, engendré par voie de réciprocité comme conséquence du contrat accepté, et qui, par conséquent, est bien la cause intellectuelle de son obligation ? Si nulle cause n'existe pour l'obligation, le droit l'annulera. Il l'annulera aussi si l'obligation n'a été contractée que par la « *considération* » d'un résultat *juridique* qui n'existait que dans l'imagination du promettant. La cause *fausse* vicie en effet la promesse qu'elle a déterminée. La cause peut n'être pas intéressée. Je puis m'obliger à livrer avec, comme cause *juridique*, l'intention de *faire une donation*. L'obligation ne saurait être annulée. Le contrat a un « *nomen* », il constitue un *negotium* nommé, rationnel ; il

rentre dans les opérations juridiques courantes. Il est valable. Mais si cette *pensée* libérale n'existe pas, l'obligation est sans cause : elle est nulle.

On voit la profondeur de la doctrine romaine qui exigeait pour les contrats un *nomen*. Ce n'était pas une puérile exigence verbale. Seules les obligations qui pourraient se rattacher à une *opération juridique connue, nommée*, étaient sanctionnées, à moins qu'une *res* ne précédât, car seules ces obligations présentaient pour la loi une *cause*, au sens moderne du mot. L'équivalent véritable du *nomen* dans la doctrine romaine des obligations, c'est la cause au sens du Code Napoléon. La différence entre les deux législations, c'est que toutes les *intentions juridiques* peuvent chez nous être causes d'obligations, tandis qu'à Rome le droit ne reconnaissait cette puissance qu'à un certain nombre de combinaisons juridiques plus familières que les autres et qui constituaient les contrats *nommés*. Ce n'était que dans ces contrats que la cause intellectuelle pouvait être opérante. En dehors de ces hypothèses, le consentement n'obligeait pas, parce que, s'il pouvait avoir en fait réellement poursuivi la construction d'un *negotium* juridique quelconque, toutefois ce *negotium* n'était pas assez connu, assez pratique pour mériter d'enchaîner la volonté de celui qui le préparait. Aujourd'hui toutes les *combinaisons juridiques* peuvent être causes. Il suffit qu'il y en ait une et qu'elle ne soit ni illusoire ni immorale ; mais il en faut toujours une à la source du consentement.



## CHAPITRE II

### EFFETS DE LA PROMESSE DE LIVRER, SANCTIONNÉE PAR LE DROIT.

SOMMAIRE. — Effets de l'obligation de livrer soit entre parties, soit à l'égard des tiers. — L'obligation de livrer est-elle susceptible d'exécution forcée ? Graves controverses à ce sujet. — Effets de l'obligation compliquée de modalités, terme, condition, au point de vue des risques. — Effets de la mise en demeure au point de vue de la charge des risques. *Dies moram non facit* quand il s'agit de l'obligation de livrer, car la chose due n'est pas *portable*, sauf clauses contraires. — Effets d'une obligation de livrer à l'égard des contractants postérieurs. Influence hostile du *jus in re* contre le *jus ad rem* dont il débilite l'énergie. Droit romain : souveraineté exclusive du *jus in re, dominium ex jure Quiritium*. Le principe de la *tradition* réelle dans le droit romain et l'ancien droit, au point de vue de la préférence à l'égard des contractants postérieurs. Son origine dans l'action Publicienne. Ses destinées. Son abrogation presque complète par le Code Napoléon.

Dans le chapitre qu'on vient de lire, nous avons essayé de dégager du droit romain et du droit français la doctrine de l'obligation de livrer. Il nous a semblé possible de systématiser en un concept simple, quoique d'une très grande portée, toutes les conséquences que soit l'une, soit l'autre de ces législations ont attachées à cette convention importante, conséquences dont quelques-unes, on l'a vu, paraissaient difficiles à justifier rationnellement. Pénétré de cette idée qu'on n'a rien fait, pas plus dans la science juridique que dans les autres sciences, tant qu'on n'a pas trouvé, parmi les règles empiriques, l'idée organique qui les commande, nous avons cherché l'idée organique de l'obligation de livrer ou de donner et nous avons cru trouver dans le texte d'Africain le

concept révélateur qui justifie tout. Vraisemblable en elle-même, cette explication a, en outre, pour mérite d'être *romaine*, c'est-à-dire d'appartenir au système juridique dont notre législation n'est guère qu'un résumé. Elle a aussi pour mérite d'expliquer d'une manière très naturelle la règle énigmatique qui met les risques à la charge du bénéficiaire de l'obligation, par le seul effet de l'obligation et sans qu'il devienne propriétaire. Nous allons continuer l'analyse du même concept et cette analyse même, en nous permettant de justifier toutes les solutions de détail admises par les lois ou la jurisprudence, sans aucune exception, sera une démonstration nouvelle à l'appui du concept lui-même. *Hactenus teneatur ut rem emptori habere liceat* ! nous avons étudié le mode de formation et l'essence de cette obligation ; nous en avons marqué les cas d'annulation pour diverses causes. Ce chapitre est maintenant consacré, dans une première section, à étudier ou du moins à rappeler les effets d'une telle obligation *entre les parties contractantes* et, dans une seconde section, particulièrement importante, à étudier son effet *à l'égard des tiers*, indépendamment de l'action *in rem* dont l'étude est, on le sait, réservée pour la deuxième partie. De l'effet entre parties à l'égard des tiers de la promesse, on pourra déduire les conséquences qu'aurait entre les parties ou à l'égard des tiers une *annulation* de l'obligation de livrer que cette promesse avait engendrée.

Comme nous l'avons fait jusqu'à présent, nous fondrons le droit romain et le droit français dans la même analyse. Ils s'éclairent réciproquement et ne diffèrent au fond que sur des points de détail, qui n'altèrent qu'à peine la majestueuse unité des principes *éternels* du droit des obligations individuelles. Au contraire, quand il s'agira de fixer les principes qui régissent le *droit réel*, nous adapterons notre méthode à

la nature différente du sujet et nous étudierons à part chaque législation avec les transformations successives que chacune a subies.

#### SECTION I. — Effets entre parties de la promesse de livrer.

La promesse de livrer a pour caractère essentiel d'être susceptible d'exécution directe et forcée.

Cette proposition n'aurait pas excité les controverses nombreuses qui l'environnent dans l'ancien droit, et même dans le droit actuel, si l'essence *sui generis* de la promesse de livrer avait été bien définie. Si l'on s'était exactement représenté la nature purement *négative* de cette obligation, on n'aurait pas craint d'attenter à l'inviolabilité de la personne humaine et à son autonomie en la forçant à *respecter* la chose qu'elle avait promis de *laisser libre*. Mais, au lieu de concevoir ainsi cet engagement, beaucoup de juristes se sont représenté la promesse de livrer comme une *promesse de faire*. Elle ne se distinguerait alors des autres promesses de faire que par la nature spéciale du fait qui en est l'objet : ce fait serait une *datio au sens positif* et non au sens négatif de *habere licere*. Ce serait une *datio præstatio* et non une *datio derelictio*. Dès lors le raisonnement conduirait à refuser nécessairement l'exécution directe. *Nemo potest præcise cogi ad factum, neque ergo ad dandum*. Donc pas d'exécution forcée pour la promesse de livrer !

La question a commencé à se poser dès le commencement de l'étude du droit romain dans les temps modernes. Au XI<sup>e</sup> siècle, Azon, un des premiers glossateurs, qui enseigna quelque temps à Montpellier, était d'avis que le vendeur,

quoique ayant la faculté de trader la chose, peut cependant s'y refuser et ne peut être condamné qu'à payer à l'acheteur des dommages-intérêts pour cette inexécution. C'était l'avis de Jean Bulgare (1), d'Hugolinus. Il est appuyé par les très graves autorités d'Alciat (*ad leg. un.*, Code, 7, 47), de son savant élève, le professeur de Bourges, Duaren (*De in litem juramento*, n° 22), de Doneau (*ad leg.*, 4, Code, 4, 49), de Fachinée, etc.

Cette doctrine a même été adoptée par la Cour de Bruxelles dans un arrêt du 9 janvier 1809, Sir. 1810, 2, 532. Mais il faut remarquer qu'il s'agissait là d'une dette *de genre* et d'une vente « à livrer » d'un caractère commercial. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que ces négociations ne sont pas à proprement parler des obligations de livrer, mais se rapprochent plutôt des obligations de faire : ce sont des contrats que les Romains auraient appelés innommés ; ils ne répondent pas au type véritable de la vente *emptio-venditio*. C'est donc à tort qu'on pourrait considérer cet arrêt comme relatif à l'obligation de livrer ; le dispositif démontre que l'espèce était tout à fait spéciale et que la Cour a eu raison de décider comme elle l'a fait.

En réalité, malgré les graves autorités que nous avons citées, la doctrine régnante a toujours été, depuis le droit romain jusqu'à nos jours, celle qui admet pour la promesse de livrer la *sanction directe*. C'est en particulier l'opinion de Cujas (*ad leg.*, 1, Dig., 49, 1), de Vinnius (*Inst.*, *De emptione venditione principium*), de Pothier (*Traité du contrat de vente*, 2<sup>e</sup> partie, ch. 1, § 3, n° 68). « Je crois, dit Pothier, cette opi-

(1) Bulgarus est le plus marquant des « quatre docteurs » qui succédèrent à Irnerius à l'école de Bologne. On connaît le fameux distique où chacun a son nom enchâssé.

*Bulgarus os aureum, Martinus copia legum,  
Mens legum est Ugo, Jacobus id quod ego.*

nion plus véritable et je pense qu'en cas de refus par le vendeur de livrer *la chose vendue qu'il a en sa possession*, le juge peut permettre à l'acheteur de la saisir et de l'enlever, si c'est un meuble, ou de s'en mettre en possession, si c'est un fonds de terre ou une maison et d'en expulser le vendeur par le ministère d'un sergent, s'il refusait d'en sortir ».

Certains interprètes du droit romain ont pu contester l'existence de ce principe ; mais les textes qu'ils allèguent ont depuis longtemps été expliqués dans un sens qui ne fait que confirmer la doctrine admettant la sanction directe. Le principal argument a été tiré de la loi 4, Code, 4, 49. Il est facile de se convaincre que cette loi, quoique posant le principe d'une action en dommages-intérêts, ne le fait *qu'à titre supplémentaire* et laisse intact le droit général de contrainte directe qui est exprimé en beaucoup d'autres endroits. « *Si traditio*, dit cette loi 4, *rei venditæ procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus præses, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit* ». N'est-il pas évident qu'il s'agit d'une peine à infliger au vendeur pour la malice qu'il a mise à empêcher l'exécution du contrat ? Comment pourrait-on en conclure que c'est le seul moyen que l'acheteur ait pour se faire justice ? Vinnius (*loco citato*) rapporte un très grand nombre de textes où la sanction directe est présumée d'une manière presque incontestable. Paul (*Sentences*, I, 13, § 4) dit expressément : « *Si id quod emptum est neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet* ». La loi 46, Dig., 19, 1 et la loi 50, Dig., *ibid.*, déclarent aussi que le vendeur *tradere compelletur*, sera contraint à trader.

Pothier nous apprend que l'opinion qu'il adopte était suivie dans la pratique par l'ancien droit français.

Mais le plus fort argument, à nos yeux, en faveur de cette



doctrine, ce ne sont pas les textes (à la rigueur ils peuvent se concilier avec l'opinion contraire), ni les autorités, c'est sa vérité logique. Au fond, les textes, dans toutes les controverses, ne sont que des moyens extrinsèques pour ajouter plus ou moins de confiance à telle ou telle opinion. Les vrais arguments sont toujours de nature rationnelle. Au-dessus de la lutte des textes, il y a en notre matière un conflit entre deux conceptions de l'obligation de donner. Est-elle une obligation *de faire*? Alors il est, comme dit Pothier, *incivil, inélégant* d'admettre la faculté de contrainte directe. Les textes auront beau démontrer l'existence de cette faculté, l'esprit répugnera à l'admettre tant qu'il la jugera non conforme à la logique de l'institution. Barbeyrac, selon Pothier, était contraint d'admettre que les Romains autorisaient cette sanction directe, mais il la déclarait *contraire au droit naturel*. Est-elle une obligation d'*abstention* dont l'objet, comme dit Pothier, *non est merum factum, sed magis ad dationem accedit*? Alors il sera tout à fait conforme à l'*elegantia juris* de sanctionner l'obligation en *arrêtant* directement les actes accomplis par l'obligé en violation de la promesse qu'il a faite de *habere licere*. C'est parce que l'obligation de livrer répond bien à ce concept que le sens commun des siècles, guidé plutôt par un sentiment naturel de la vérité que peut-être par un raisonnement théorique bien lucide, a admis, malgré les sophismes des juristes, la possibilité de la sanction directe pour l'obligation de livrer, comme d'ailleurs, par suite de la même intuition naturelle, il avait maintenu, contre les arguments des prétendus interprètes du droit naturel, la solution dont nous avons parlé sur le sort des risques dans une telle obligation.

Ces deux conséquences sont, en effet, étroitement solidaires. Elles sont aussi inhérentes au concept de l'obligation

de livrer que l'égalité des angles opposés aux côtés égaux est inhérente au concept du triangle isocèle ! En droit, comme en géométrie, tous les raisonnements se réduisent à ce schème : cela étant, ceci ne peut pas ne pas être, sans que l'hypothèse cesse d'être ce qu'elle est. A est A. La justice est une forme de la logique : c'est la logique de la conduite et des volontés humaines. Ζῆν ομολογουμένως !

Quelles sont, en effet, les conséquences légales de l'obligation de donner une fois formée ? Cette obligation a pour conséquence d'interdire désormais au promettant l'accès de sa chose dans la mesure de la libre disposition qu'il en a faite. Le point très remarquable sur lequel il ne faut pas se lasser d'insister, c'est qu'il n'est pas besoin, comme dans les obligations de faire, d'un *acte* du promettant pour qu'un droit actuel (nous ne disons pas droit réel) soit créé. Dès le moment où l'obligation de livrer est conclue et irrévocablement sanctionnée, son résultat est *ipso facto* réalisé, en ce sens que tout acte du promettant en violation de son obligation est assimilable entre parties à une atteinte contre la chose d'autrui. La sanction ne consiste donc pas à faire exécuter l'obligation comme dans les obligations de faire, mais à *empêcher de la violer*.

Or le droit, s'il n'a pas la faculté de forcer précisément à *faire*, a la faculté d'*empêcher les actes illégaux*. Il a le pouvoir de réprimer les violations de la *lex privata* comme de la *lex publica*, de la loi faite par les individus pour leurs propres choses comme de la loi faite pour ces choses par l'autorité publique. C'est seulement quand il y a un acte positif à accomplir qu'elle est impuissante ; mais ici il n'y a pas d'acte positif à accomplir. C'est donc par suite d'une véritable erreur sur la nature essentielle de la convention de donner que l'école de juristes dont nous avons parlé a pu la déclarer non

susceptible d'exécution directe. Cette exécution directe est, au contraire, dans l'espèce, parfaitement « civile » et élégante.

A quel moment commence l'obligation d'abstention pour le promettant ? Quand l'obligation est contractée sans modalités et comme prenant immédiatement effet, il n'y a pas de difficultés. Dès le moment où à la demande de l'acquéreur *Estne res mihi emptā* ? le promettant a dit *Est*, dès ce moment l'acquéreur peut se faire protéger dans le droit acquis. Il n'a peut-être pas une *actio in rem* absolument donnée contre tous, mais il a une *actio ad rem* tirée du contrat. Cette action n'est pas qualifiée d'un nom générique dans les textes du droit romain. De nombreuses discussions, surtout de l'autre côté du Rhin, se sont livrées au sujet de ces qualifications données aux actions nées des contrats. « Matière absolument controversée » *durchaus streitige Lehre*, dit Thibaut (*System*, § 61, note a), dans une note où il cite un grand nombre de références. Nous n'oserions entrer dans le détail de ces controverses, quelque intéressantes qu'elles puissent être. Peu importe la qualification à donner à cette action. Ce qui est certain, c'est qu'elle n'est dirigée contre la personne que pour l'obliger à respecter l'acte de disposition réelle qu'elle a formé. En tant qu'elle vise à obtenir cette abstention contractuellement promise, l'*actio ex empto* est personnelle. En tant qu'elle protège un droit dont l'objet est exclusivement une chose, elle est réelle. Il ne faut pourtant pas l'appeler *actio in rem*, car le mot d'*actio in rem* est réservé pour les actions se fondant sur un *droit réel*, né et actuel, espèce que nous n'avons pas encore fait entrer en scène. On pourrait peut-être l'appeler *personalis in rem scripta*, puisqu'elle est l'effet d'une convention de donner *in rem concepta*. Il vaut en effet mieux réserver le nom d'*actio ad rem* aux actions tendant à assurer l'exécution d'une obligation de *dare*, au sens positif.

Mais, comme nous l'avons dit, il ne faut pas prendre, selon le mot de Leibnitz, « la paille des termes » au lieu « du grain des choses ». L'essentiel est de bien fixer la nature de l'obligation contractée et par suite de l'action qui la sanctionne.

Les difficultés naissent quand l'obligation de livrer est affectée de modalités. Le promettant s'oblige à livrer *à terme*, ou *sous condition*, condition se référant *ad præsens* ou *ad præteritum* ou *ad futurum tempus*, condition suspensive de l'obligation ou résolutoire. A quel moment naît dans ces cas le droit de l'acquéreur ? Importante pour toutes les obligations, cette question l'est plus particulièrement pour l'obligation de livrer. Pour les obligations de faire, le moment où l'obligation devient actuelle n'a d'autre effet que de faire naître le droit de créance. Pour l'obligation de donner, ce moment a pour effet de rendre actuelle l'obligation d'abstention du contractant. Dès ce moment le bénéficiaire de l'obligation a le droit de demander à son promettant délivrance de la chose et dès ce moment, quoiqu'il ne le fasse, la *chose périt pour lui*. C'est l'intérêt capital qu'exprime la loi 8, Dig., 18, 6 : « *Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio ; tunc enim sciemus cujus periculum sit ; nam perfecta emptione ad emptorem respiciet* ». Notre Code civil marque de la même manière l'intérêt de la question. « L'obligation de livrer, dit l'article 1138..., met la chose à ses risques (du créancier) *dès l'instant où elle a dû être livrée* ; encore que la tradition n'en ait point été faite ».

Des discussions se sont élevées sur cette question, comme d'ailleurs sur toutes les questions se rattachant à ce concept de l'obligation de livrer. Certains commentateurs ont voulu prendre à la lettre l'expression « dès l'instant où elle a dû être livrée » et ont prétendu que dans l'obligation à terme, par exemple, les risques ne sont à la charge de l'acquéreur

que *postérieurement à l'échéance du terme*. Les principes conduisent à une doctrine beaucoup plus large. Qu'importe, en effet, que l'obligation de *rem habere licere* ne doive être exécutée qu'au bout d'un certain délai ? Il faut considérer, non les modalités intrinsèques de l'obligation assumée, mais cette obligation elle-même. Celui qui attend le terme se conforme à l'obligation assumée ; il l'exécute selon sa teneur ; il continue de jouir jusqu'au terme ; le terme venu, il s'abstiendra, il *délivrera*, au sens étymologique du terme. Si la chose périt par cas fortuit avant l'arrivée de ce terme, peut-on refuser au vendeur le prix de son contrat sous prétexte qu'il n'aurait pas exécuté l'obligation ? N'a-t-il pas fait et n'était-il pas prêt à continuer de faire tout ce qu'il devait aux termes du contrat ? Il a respecté la loi de ce contrat ; ce sont les circonstances et non lui qui ont privé l'acquéreur de son bénéfice, et comme le prix n'était pas spécialement attaché au bénéfice à fournir (comme il l'eût été dans une obligation de *dare* positive) ; comme, selon la formule géniale de Paul (21, Dig., 18, 4) : « *pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur* », il est parfaitement conforme à la logique d'obliger l'acheteur à payer le prix.

Par conséquent, la conclusion sur la question qui nous occupe doit se fonder sur cette idée que l'obligation de livrer, quand elle est consensuelle, naît et commence à vivre d'une vie autonome, *dès que la negotiatio est conclue et considérée comme marchant à sa réalisation*. Au contraire, tant que la *negotiatio* est considérée comme marchant à sa formation, l'obligation de livrer n'est pas née. Le contrat n'est pas irrévocablement formé ; aucune obligation *actuelle* ne s'est *interposée entre la chose et son propriétaire*. Celui-ci pourra, si les circonstances y conduisent, arriver à contracter cette obligation *actuelle* : elle ne l'est pas encore. Les jurisconsultes ro-



maines avaient des formules spéciales pour marquer cette distinction assez ténue et difficile souvent à préciser pratiquement, mais d'une importance, on le voit, si capitale. « *Cedere diem*, dit Ulpien, 213, Dig., 50, 16, *significat* incipere debere *pecuniam*, venire diem *significat eum diem venisse quo pecunia* peti possit ». On dit par conséquent que *dies cedit* quand le contrat est déjà formé ; et que *dies venit* quand il est déjà exécutoire (1).

Ce qui rend la distinction un peu difficile à saisir, c'est que, avant que l'obligation de livrer soit formée et marche à son terme, les parties, quoique non liées par une obligation définitive, sont cependant impliquées dans le lien d'un certain contrat. Je m'oblige à vous vendre cette maison si mon voisin consent à me vendre la sienne. Il n'est nullement certain que la condition se réalise. Je reste entièrement propriétaire. Si la chose périt avant l'arrivée de la condition, elle périt pour moi incontestablement. Mais cependant il existe entre nous un contrat spécial, innommé, *sui generis*, qu'on ne peut appeler vente conditionnelle, mais qui est une simple obligation conditionnelle *de vendre*.

La distinction consiste souvent dans de simples nuances d'intention. Il y a des modalités qui ne sont qu'en apparence des conditions de *formation* d'un contrat et qui sont en réalité des conditions d'*exécution* du contrat *formé*. Ces conditions ne doivent pas être confondues avec les autres. Elles l'ont été parfois et c'est ce qui explique les contradictions qui se rencontrent dans la théorie des conditions telle que le droit romain ou le droit moderne la présente. Nous avons donné une idée de la condition de *formation* de la négocia-

(1) « Ubi pure quis stipulatus fuerit et venit et cessit dies : ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit ; ubi sub conditione neque cessit neque venit dies, pendente adhuc conditione ».

tion. L'élément qu'il faut mettre en relief pour distinguer ce concept du concept dont nous allons maintenant parler, c'est que, dans la stipulation de ce genre, il s'agit d'une formation conçue *in futurum*. Si mon voisin consent à me vendre sa maison, alors *je vous vendrai* la mienne. Cette condition survenant, je serai obligé à vendre ; mais la vente ne datera que du moment où nous y procéderons en vertu de la promesse antérieure et préparatoire. *La condition ne rétroagira pas*. La vente ne datera que du contrat.

Supposons, au contraire, une négociation ainsi conçue : « *Je vous vends* ma maison à condition que tel navire arrive d'Afrique ». Il ne s'agit plus ici d'une vente à opérer plus tard ; il s'agit d'une vente actuelle, mais dont la réalisation est subordonnée à une condition. Le grand intérêt de la différence, c'est que la condition *aura ici un effet rétroactif*. Si le navire arrive, je devrai exécuter mon obligation *comme si* elle avait été exécutée le jour même de la formation du contrat, comme si j'avais dû livrer ce jour-là. Entre parties, c'est de ce jour que vous serez censé avoir acquis le droit de disposer de la chose, grâce à mon obligation d'abstention devenue alors actuelle.

Quel sera le sort des risques dans cette dernière forme d'acte de disposition ? Faut-il appliquer ici l'article 1182 qui déclare que, lorsque l'obligation a été contractée sous condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition ? Nous ne le croyons pas. Cet article n'est, comme tous les articles de la matière des obligations conventionnelles, qu'une interprétation de la volonté des parties proposée en l'absence de volonté contraire. Il ne peut prévaloir contre la preuve d'une intention différente. Or il ne nous semble pas possible

d'appliquer l'article 1182 à la négociation dont nous venons de parler sans violer la logique des volontés. Rappelons-nous le grand principe : *Pretium non ex re sed ex negotiatione percipitur*. Or ici si le navire arrive, quoique la maison ait été détruite par cas fortuit dans l'intervalle, la négociation n'est-elle pas complète ? Quelle différence y a-t-il entre le cas actuel et le cas de l'obligation à terme *puisque la condition rétroagit* ? En vertu de cette rétroactivité, le contrat est censé formé dès le début. Donc la perte de la chose est censée survenue *postérieurement à la negotiatio* : celle-ci garde toute sa force ; le droit au prix est entier. *Non ex re sed ex negotiatione pretium percipitur*.

On le voit, il dépend de l'intention des parties de faire que la condition produise les mêmes effets que le terme au point de vue des risques. Mais la distinction entre le terme et la condition n'en reste pas moins une distinction fondée sur une différence essentielle. Nous avons seulement voulu montrer que les autres différences n'étaient pas essentielles, qu'elles étaient seulement l'expression de *l'id quod plerumque fit*. On conçoit un terme qui dans l'intention des parties retarderait non seulement l'exécution, mais la formation du contrat. On conçoit une condition qui, dans cette même intention, retarderait, non la formation, mais l'exécution. Seulement la différence entre les deux modalités, terme et condition, reste, disons-nous, bien marquée : chacun a une nature, un *esprit*, voudrions-nous dire, tout particulier. C'est par suite de cet *esprit* que *l'id quod plerumque fit* correspondant à chaque modalité n'est pas le même.

Quelle est cette différence entre le terme et la condition comme modalités des obligations ? La condition est un événement incertain : c'est par là qu'elle se distingue du terme. Le terme est considéré par les parties comme *devant* arriver ;

la condition comme *pouvant* seulement arriver. Le terme est une date pure et simple. Il peut comporter incertitude quant à la date même de son arrivée ; mais dans l'esprit des parties cette arrivée elle-même ne fait pas l'objet d'un doute. Aussi l'obligé à terme se tient-il d'ores et déjà pour lié puisqu'il *doit* l'être à l'arrivée de ce terme. Aussi l'article 1185 s'exprime-t-il ainsi : « Le terme diffère de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement dont il retarde seulement l'*exécution* ». La condition, en effet, contient un élément de plus que le terme : l'idée d'une *possibilité de non-réalisation*. Ajoutez au terme cette idée de la possibilité de non-réalisation, vous en faites une condition. Aussi celui qui s'oblige en subordonnant la naissance de l'action contractuelle à un fait incertain ne se tient-il pas généralement pour obligé d'ores et déjà, puisqu'il *peut* ne jamais se trouver débiteur. Mais l'élément d'incertitude étant susceptible de croître ou de décroître, à mesure que le coefficient de probabilité de la condition augmente, en même temps aussi la condition, dans l'esprit des parties, se rapproche du terme. *Il se peut que la même modalité apparaisse comme condition problématique à l'un des contractants et comme terme à l'autre. Si navis ex Asia venierit* peut équivaloir, pour celui qui est sûr de son navire et confiant dans le pilote, dans la coque, la mâture ou les vents, à un simple terme plus ou moins certain : *Quum navis ex Asia veniet*. Les latins qui mettaient le subjonctif *conditionnel*, ou l'indicatif, selon les cas, avec *quum*, marquaient très bien combien est étroite la parenté entre les deux concepts du futur et du conditionnel quand il s'agit d'un événement quelconque du monde extérieur, à cause du caractère précaire de la connaissance humaine. A travers ces organes sensitifs que Jouffroy a appelés « les vitres sales de notre prison », tout événement est affecté d'un certain coeffi-

cient de doute et il est peu de rapports de droit qui ne soient entachés de quelque élément problématique. Le mystère est la loi du monde !

Donc, nous contentant d'avoir donné l'idée des discussions d'espèce qui peuvent être soulevées, à propos de chaque cas particulier, sur cette question du moment de la *formation de l'obligation de livrer*, nous ne cherchons pas plus en cette matière que nous ne l'avons fait pour la question de la formation du *concours de volonté* à poser des principes certains de solution, C'est du domaine des arrétistes plutôt que de celui des juristes. Nous allons supposer une obligation de livrer *née*, mais non exécutée. Les risques, dans cette hypothèse, sont incontestablement, nous le savons, à la charge du créancier ; mais une importante circonstance peut intervenir qui change du tout au tout cet état de choses : c'est le retard, la *mora* apportée par le débiteur à l'exécution de son obligation de livrer. Disons quelques mots sur les effets de la mise en demeure en matière de vente d'un corps certain.

La demeure peut se produire toutes les fois qu'il y a un rapport d'obligation entre deux personnes, quelle que puisse être d'ailleurs la source de ces obligations. Mais nous n'étudierons ses effets que dans l'obligation de livrer.

Ces effets se réduisent à quelques principes bien simples qui ne nous retiendront pas longtemps. On sait que le bénéfice résultant de l'obligation de donner consiste dans le droit d'exiger d'une personne la délivrance d'une chose déterminée. Le créancier ne peut exiger davantage : tous les risques de la chose sont pour lui. Il a droit à la *vacua possessio* de cette chose *secundum suam causam*. D'autre part, il est de principe que tout fait de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige (art 1382) celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Or le vendeur d'un corps certain qui ne livre



pas la *vacua possessio* comme il s'était obligé à le faire, cause un dommage et viole la loi qu'il s'est faite. En quoi peut consister ce dommage ? Peut-être en une simple privation de jouissance au préjudice de l'acheteur, laquelle privation peut revêtir les deux formes du *lucrum cessans* ou du *damnum emergens*. Le vendeur sera tenu de répondre de ces dommages qu'il a causés par son retard dans l'exécution des conventions faites. Ce retard peut avoir des conséquences plus graves. Il se peut que la chose périsse entre les mains de celui qui la retient ainsi illégalement. Le créancier se trouve ainsi frustré du bénéfice de l'obligation. Cependant, comme *Pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur*, il reste, en droit strict, tenu de payer le prix. Le débiteur a commis une faute, c'est incontestable ; mais l'obligation accessoire et nouvelle qu'il assume ainsi se juxtapose aux actions nées du contrat : elle ne les annihile pas, de plein droit, du moins ; elle *concourt* avec elles.

La loi aurait pu admettre cette simple juxtaposition et laisser au juge le soin de peser les droits réciproques et d'établir les compensations qu'il jugerait équitables, d'adjuger, par exemple, le prix à l'acheteur à titre de dommage. Elle a adopté ce principe pour les négligences du vendeur autres que la résistance à la mise en demeure. Il est en effet inscrit dans la loi que le débiteur du corps certain à livrer doit « conserver la chose jusqu'à la livraison » : c'est une prestation *positive* étrangère à l'objet essentiel de l'obligation de donner, qui est uniquement la délivrance, mais c'est une prestation supplémentaire qui répond absolument aux nécessités pratiques et à l'intention présumée des parties. Sa violation est l'occasion d'*obligations personnelles* incidentes à la charge du violateur. Mais comme cette violation n'est pas absolument une atteinte à l'essence du contrat lui-même, la loi se

borne à poser le principe des dommages-intérêts à payer au créancier. C'est ce qu'exprime l'article 1136 du Code Napoléon.

Bien plus énergique est la sanction du refus d'exécution de l'obligation de délivrance. Le vendeur qui, après la mise en demeure, s'obstine à garder la chose, est puni de la résolution du contrat ; de sorte que la chose qui était aux risques du créancier revient aux risques du débiteur. La *negotatio* est annulée par la *mora* ainsi caractérisée. Le *pretium* cesse d'être dû ; la chose périt pour son propriétaire, c'est-à-dire maintenant le vendeur.

Sanction énergique et bien grave, disons-nous ; mais sanction toute naturelle. Il est de principe que dans les contrats synallagmatiques l'inexécution par l'une des parties donne à l'autre le droit de faire résoudre le contrat. Celui qui retarde d'une manière caractérisée la délivrance à faire, celui-là, par le seul fait de ce retard, crée un droit acquis à la résolution. Dès ce moment il encourt la peine et le retour des risques sur sa tête n'est que la conséquence de cette responsabilité semi-pénale et semi-contractuelle que pose le droit commun des obligations synallagmatiques.

Mais, pour produire un résultat aussi énergique, il ne suffit pas d'un retard quelconque. Il faut déterminer d'abord dans quelles circonstances il y a retard et ensuite dans quel cas le retard est puni avec cette sévérité. La convention de livrer n'impliquant pas le fait positif de celui qui s'oblige, il n'y a pas retard dans la simple inaction de celui-ci. Cette convention n'engendre qu'un droit *quérable* : c'est la caractéristique des droits réels. Le débiteur n'a qu'à attendre et il est même, de par la loi, obligé, nous le savons, à conserver la chose jusqu'à la délivrance. Cependant, comme les conventions sont libres, les parties pourraient ajouter à la stipulation fondamentale de *rem emptori habere licere*, l'obligation spéciale

et supplémentaire de *porter* l'objet vendu à un certain endroit désigné par l'acquéreur. Le droit serait alors *portable*. Mais, de droit commun, l'acheteur doit retirer lui-même la chose, en *prendre délivrance*. C'est lui qui opère le retard s'il ne le fait en temps utile ; ce n'est pas le vendeur. Que faut-il donc pour qu'il y ait *mora* ?

Pour qu'il y ait retard, il faut une négligence ou une mauvaise volonté coupables apportées par le vendeur dans l'exécution de ses obligations. Il faut que, par la faute de ce dernier, l'acheteur n'ait pu prendre délivrance. Donc, en notre matière, sauf bien entendu la stipulation dérogatoire au droit commun, dont nous avons parlé, jamais l'*arrivée du terme* ne suffit à mettre le vendeur en demeure. Il faut une demande en délivrance non suivie d'exécution.

Est-ce à dire maintenant que ce retard dans l'exécution soit toujours suffisant en cas de perte de la chose survenant sur ces entrefaites pour opérer la libération de l'acheteur au sujet du paiement du prix ? Nullement. La loi n'applique pas aveuglément cette sanction énergique ; elle la règle de manière à ne jamais dépasser ce qui résulte strictement de la justice rationnelle. Le refus d'exécution ou le retard dans la délivrance ne doit avoir d'autres effets, quant aux dommages-intérêts dus, que ceux qui sont commandés par le préjudice *réellement éprouvé* par l'acheteur et *réellement causé* par le retard lui-même. Il faut donc que la perte de la chose résulte *spécialement* de ce retard ; il faut que les circonstances soient de telle sorte que la chose n'eût pas péri si elle s'était trouvée entre les mains de l'acheteur. C'est ce que décide l'article 1302 du Code Napoléon. Sauf le cas où le débiteur a spécialement assuré l'acquéreur contre les cas fortuits, sa responsabilité n'est engagée que si le mal dont a péri la chose est tel qu'il ne se serait pas produit chez l'acheteur ou

du moins si la chose eût été livrée comme elle devait l'être.

Ainsi, les principes de la loi en matière de *mora* répréhensible ne sont, en définitive, que l'application, à cette situation spéciale, des règles générales sur la responsabilité que chacun encourt quand il agit contre le droit des contrats.

## SECTION II. — Effets à l'égard des tiers d'une promesse de livrer régulière.

Tant qu'il s'agit seulement de déterminer les effets de la promesse de livrer en ce qui concerne les rapports des deux contractants, toute la difficulté se borne à trouver l'expression exacte, adéquate des volontés. L'ordre public n'a guère ici d'exigences particulières à formuler à l'encontre de ces volontés tant que le contrat s'est formé librement et licitement. Mais quand il s'agit de déterminer l'influence à l'égard des tiers du contrat formé entre deux parties, c'est au point de vue de l'ordre public qu'il faut se placer. La volonté n'est souveraine ici que dans les limites de ce qu'exige le bon ordre social.

Comment les tiers peuvent-ils être lésés par une promesse de livrer consentie par une personne pour sa chose ? Procédant des hypothèses les plus générales aux hypothèses spéciales, nous trouvons d'abord qu'une telle promesse peut être préjudiciable aux *créanciers généraux* de la personne. Leur créance personnelle leur donne droit de gage général sur tout le patrimoine du débiteur. Quel sera le sort d'une obligation spéciale de livrer affectant un objet particulier de ce patrimoine ? La promesse de livrer peut, ensuite, être préjudiciable à des tiers plus directement et plus précisément intéressés : ce sont les bénéficiaires d'une obligation de livrer *relative à la même chose*, mais postérieurement contractée.

Leur appliquera-t-on strictement la règle que *Nemo in alium plus juris transferre potest quam ipse habet* et les sacrifiera-t-on absolument aux acquéreurs antérieurs ?

Ces questions ont de tout temps tenu une place importante dans la doctrine juridique de l'obligation de livrer. Il importe cependant de bien marquer le point de vue auquel nous allons les examiner dans cette première partie de notre travail. C'est qu'en effet, dans l'examen de ces problèmes, on mêle presque toujours à l'idée des *conséquences d'une obligation contractuelle* de donner l'idée de l'*acquisition de l'action réelle*. On transforme la question de savoir quel sera le droit de préférence qui devra compéter à l'acquéreur *contractuel*, à raison de son droit spécial à la chose, en cette autre question : « A quelles conditions aura-t-il un droit réel ? » Or, le droit réel est *autre chose* qu'un droit personnel doué de préférence. La suite de ce travail montrera, nous l'espérons, d'une manière plus complète, l'hétérogénéité des deux questions. Sans doute, elles ont beaucoup d'affinité entre elles. Beaucoup de législations ont dépouillé la simple obligation de tout droit de préférence et n'ont attribué les droits de préférence et de suite qu'au *droit réel*. Certains juristes ont même prétendu dogmatiquement qu'en principe le *droit de préférence* ne devait, de par l'essence des concepts, appartenir qu'au *droit réel* et que le droit réel ne doit dériver que d'une solennité publique. Nous verrons la part qu'il faut faire à ces idées. Mais puisque nous sommes préoccupé de former méthodiquement les concepts, ne mêlons pas les espèces. On peut très bien concevoir que la simple obligation de donner, l'aliénation fondée sur une entente *officiuse*, confère au bénéficiaire qui peut fournir la preuve d'une telle stipulation un droit valable et définitif, hors des atteintes de toute stipulation postérieure, sans que ce droit devienne ce que nous appellerons droit réel et que



nous définirons plus tard. Un tel résultat est même l'application stricte des principes rigoureux et ce n'est qu'au nom de l'ordre public qu'on peut y faire échec. Qu'importe, en effet, pour la logique, la nature du droit engendré par mon acte de disposition, droit personnel ou droit réel? Je n'en ai pas moins *aliéné* ma chose, j'en ai *disposé*. Ce que j'ai donné, je ne l'ai plus. Si je le donne encore, je fais un acte de perfidie; mais pourquoi détruirait-on l'effet de mon premier acte en faveur d'un second qui *a priori* ne mérite pas plus de faveur que le premier?

Donc, si l'on résiste ainsi en faveur du *jus in re* à la volonté privée officieusement manifestée, c'est en vertu d'un principe supérieur : le principe de l'ordre public. C'est ce principe qui a fait établir des formalités de publicité pour les aliénations conventionnelles, formalités dont l'omission a un effet dirimant à l'égard de ces aliénations, en tant du moins que cette omission préjudicie à des tiers. Or ces formalités de publicité ont été d'abord les formalités génératrices de *jus in re*.

Le Droit romain surtout a ainsi invité à opérer la confusion que nous venons de signaler entre le droit de préférence compétant à l'obligation de livrer, *sans qu'elle cesse d'être une obligation de livrer*, et le droit réel qui par essence implique droit de préférence, mais qui est un résultat *hétérogène* de l'obligation de livrer. Cette législation en effet n'admettait pas que la simple promesse dispositive d'un corps certain conférât à elle seule un droit définitif. Le droit réel seul régnait parmi les choses et y régnait d'une manière absolue. Nous aurons à montrer par quelques analyses de détail les brèches incessantes qui ont été faites à la dure citadelle du droit strict. Sachons seulement pour le moment que le droit officieux était, au début, absolument impuissant même à altérer les droits réels stricts des parties. Le promettant lui-même

avait le droit strict de revendiquer la chose qu'il s'était engagé à *habere licere* et il avait le droit de la revendiquer entre les mains de celui même envers qui il avait contracté cet engagement. L'engagement avait une sanction propre, l'action *ex empto* : mais il laissait vivre, à côté et au-dessous de lui, inviolable, le système des droits réels. Quant à ces droits, le *statu quo* persistait immuable : il ne pouvait être changé que par un mode solennel (1).

Le progrès dans la sanction de l'aliénation officieuse consista à donner une exception contre la revendication, exception tirée de l'obligation personnelle du revendiquant. Cette exception ne valait, on le comprend, que contre le promettant. A l'égard des tiers, la revendication était victorieuse. C'est ainsi que s'est établie l'idée que l'obligation de livrer n'a d'effets qu'entre parties, à moins qu'elle n'engendre un droit réel. C'est l'idée généralement régnante : elle exprime une vérité pratique très souvent exacte. Mais théoriquement le droit de préférence n'est pas inséparable du droit réel : on conçoit un droit *ad rem* doué de préférence.

Le droit romain a reçu, en ce qui concerne l'acquisition du droit réel, un grand perfectionnement qu'il faut indiquer ici à cause de l'influence qu'il a eue sur les effets de l'obligation de livrer. La tradition réelle, par suite d'innovations prétoriennes que nous expliquerons, a été élevée presque au niveau d'un mode d'acquisition de droit réel, quand elle était faite *ex justa causa*. D'ailleurs, elle était antérieurement le mode normal de transfert pour les choses les moins importantes au point de vue de la richesse sociale.

Le formalisme était ainsi adouci peu à peu ; le *dominium ex jure Quiritium*, le *jus in re* laissaient la place au spiritua-

(1) *Aut ex jure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus*. Gaius, II, 40.

lisme, car, dans la *traditio*, l'élément solennel est assez réduit. De ce processus d'idées, qui s'éclaircira mieux plus tard, est sorti un grand principe qui, après avoir été inscrit dans les textes du bas droit romain, est passé, quoique un peu modifié, dans notre ancien droit français et persiste encore en partie (1) dans notre droit actuel. Ce principe c'est que l'obligation de livrer, pour engendrer un droit opposable aux tiers, a besoin de *se révéler par un déplacement corporel de la possession*, par une tradition réelle. L'étude de ce principe hostile au spiritualisme, est maintenant la partie essentielle de notre étude des effets de l'obligation de livrer à l'égard des tiers, *indépendamment de l'acquisition de l'action réelle*. La tradition est examinée ici, *non comme modus adquirendi*, mais comme *formalité de publicité*, conditionnant, mais fortifiant l'effet de *l'obligation personnelle de livrer*. Nous l'étudions comme appartenant au système spiritualiste et non au système formaliste, comme *publication*, non comme *ensaisinement*.

Le principe dont nous parlons est formulé dans la loi 15, Code, III, 32 (2). Cette loi ne distingue pas le *dominium ex jure Quiritium* et le *jus ad rem*. Le spiritualisme a largement pénétré dans le droit à ce moment : la loi en question est un

(1) Pour les meubles (art. 1141). Les actes de disposition relatifs aux meubles doivent, pour prendre date, se manifester par tradition réelle. Mais ici la tradition, comme nous le disons au texte, n'existe plus que comme *manifestation extérieure exigée pour l'acte de disposition*, tandis que, dans le principe, la tradition a commencé à agir en ces matières comme *mode d'investiture du jus in re*. Le *jus in re* a disparu pour les meubles (art. 2279), mais le rôle de la tradition s'est maintenu : c'est un résidu du système des *jura in re*, des vêtures. Le premier *vêtu* est préféré, disait, par exemple, l'article 165 de la coutume de Reims. L'idée de vêtiture est étrangère à l'article 1141.

(2) « Quotiens duobus in solidum prædium jure distrahitur, manifesti juris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorum ».

fragment de Dioclétien et Maximien daté de l'an 293. Le droit des obligations personnelles a pris de la solidité. La preuve, c'est que cent trente-sept ans plus tard, en 530, Justinien fera une constitution spéciale pour donner le dernier coup à ce cadavre du *nudum jus Quiritium* qui, après avoir si tyranniquement régné dans le droit, n'était plus qu'une enveloppe vidée et ridicule, l'épouvantail, déjà ! des étudiants de Constantinople. « *Antiquæ subtilitatis ludibrium... quod nihil ænigmate discrepat, nec unquam videtur, neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquæ dispositiones accipiunt* ». Loi un. Code, 7, 25. Le mouvement des idées se tournait d'un autre côté : au lieu de s'occuper du perfectionnement du *jus in re*, il perfectionnait l'obligation de livrer, dans un progrès dont nous suivrons la trace jusqu'au Code Napoléon. Sans parler de la nature technique de l'action sanctionnant l'aliénation, notre fragment va ainsi directement au fond même du droit. « *Quotiens duobus in solidum prædium jure distrahitur, manifesti juris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiozem* ». C'est celui ayant reçu le premier tradition effective qui sera préféré en cas de concours entre acquéreurs contractuels de la même chose. Le *titulus ad acquirendum* et le *modus acquirendi*, selon l'excellente formule de M. Huc dans sa remarquable étude sur *Le transfert de la propriété par l'effet des obligations*, sont confondus ; mais c'est au profit de la prédominance du *titulus ad acquirendum* que la confusion s'opère. En réalité, c'est la décadence du *modus acquirendi* et la disparition du *jus in re* qui se produisent ainsi, pendant que l'effet du *titulus ad acquirendum* se perfectionne et se renforce par l'élimination progressive du formalisme.

C'est au perfectionnement de l'obligation de livrer que se rattache presque tout le développement du droit moderne. Cependant, dans le droit de l'ancienne France, nous retrouverons à côté de ce courant spiritualiste le courant formaliste, les saisines réelles, les *vétures*, comme on disait, avec tout le cortège des actions réelles. Nous renvoyons l'étude de ce droit coutumier à notre seconde partie. Le courant spiritualiste était représenté par le droit romain dont le développement se poursuivait toujours dans le sens que nous avons indiqué. C'est la doctrine romaine que traduit Pothier dans son *Traité du contrat de vente* lorsqu'il écrit : « *Si le propriétaire d'une chose après l'avoir vendue à un premier acheteur sans la lui livrer avait la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce serait à ce second acheteur que la propriété serait transférée. Le premier n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat ; et il ne pourrait la répéter contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bonne foi, in sciis prioris venditionis. De là il suit pareillement que les créanciers du vendeur peuvent saisir la chose que leur débiteur a vendue, avant qu'il l'ait livrée, quand même l'acheteur en aurait payé le prix. L'acheteur en ce cas n'a qu'une action contre son vendeur et n'a aucun privilège sur cette chose* » (*Tr. du contr. de vente*, 5<sup>e</sup> partie, ch. 1<sup>er</sup>, n<sup>os</sup> 319 et 320).

Cette nécessité de la tradition réelle était interprétée dans certaines coutumes d'une manière très libérale. La tradition feinte équipollait à tradition. Le vendeur pouvait se contenter de déclarer qu'il se constituait « tenir la chose au nom de l'acheteur » (Pothier, *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 313). Par cette clause, l'acheteur est censé comme prendre possession de la chose vendue par le ministère du vendeur qui dès lors est censé ne plus la posséder en son nom, mais la tenir au nom de l'a-



cheteur ». De même le vendeur peut déclarer retenir l'usufruit de la chose vendue ; il possède dès lors au nom de l'acheteur. La tradition est censée faite dès ce moment.

Arrivons maintenant à l'importante étude du Code Napoléon, en nous restreignant bien entendu au seul point de vue de l'action personnelle en délivrance. Dans toute la longue série de ses dispositions, il n'en est peut-être pas qui ait été aussi louée ni aussi critiquée par les uns ou par les autres que l'article 1138. C'est cet article qui, par les préoccupations qu'il a éveillées en nous, a été l'instigateur de cette thèse. C'est pour essayer de démêler un peu le faisceau d'idées qu'il présente que nous avons cru devoir remonter aux principes tirés de la nature même des choses, afin d'en reconstituer, dans la mesure de nos faibles capacités, la genèse historique. Il est ainsi conçu :

« L'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

Pour comprendre exactement la portée de chacun des termes de cet article, il faut faire comme dans les démonstrations mathématiques, il faut mettre à la place de chaque mot sa définition. Cela est surtout important ici à cause du sens vague de l'expression fondamentale *est parfaite*. *Est parfaite* signifie : réalise toute sa nature essentielle. Il faut donc savoir quelle est cette nature essentielle ?

Nous n'avons plus à l'analyser. Les développements antérieurs nous permettent de mettre sous l'expression « obligation de livrer » un concept précis. L'obligation de livrer confère un droit positif sur la chose *fondé, on le sait, sur une*

*obligation négative d'abstention contractée par le promettant.* Par conséquent, en vertu de l'article 1138, ce droit positif sera *parfait* dès qu'il aura fait l'objet d'un consentement irrévocablement donné. Dès le moment de la conclusion du contrat, l'obligation de livrer est *parfaite* en ce sens que le devoir de *rem habere licere* se fige en une obligation *définitive*, légalement sanctionnée, qui entre et reste à jamais dans le patrimoine du bénéficiaire de cette obligation. Dès ce moment ce dernier pourra obtenir de la sanction sociale l'appui nécessaire pour rendre effectif son droit. Telle est l'énergie des mots : « *est parfaite* ».

Mais, dira-t-on, en quoi consiste donc la doctrine de l'article 1138, cette innovation tant vantée sur un ton dithyrambique comme l'avènement du spiritualisme dans le droit ? Le droit romain lui aussi admettait la formation de l'obligation de livrer par le simple consentement ; lui aussi admettait le droit de contrainte directe. En quoi le premier paragraphe de l'article 1138 a-t-il innové ?

L'article 1138 a innové, mais moins par ce qu'il pose que par ce qu'il retranche. Il a innové en ce qu'il a posé la définition de l'obligation de livrer pure de tout mélange. Le droit romain, en effet, ainsi que l'ancien droit avait eu peur de l'énergie de ce concept spiritualiste. Ils y avaient ajouté un élément matériel qui le corrompait, la tradition réelle. Ce nouvel élément, comme nous l'avons vu, faisait échec au développement complet de la pure essence de l'obligation de livrer. L'esprit juridique retombait dans le matérialisme, faute d'une audace suffisante pour proclamer la *souveraineté* de la loi *consensuelle* mise par la volonté pure dans les choses. En présence de deux lois privées, l'une émanant de la volonté *pure*, l'autre renforcée, quoique postérieure, d'un *élément matériel*, il choisissait la dernière, au mépris des prin-

cipes du spiritualisme. L'article 1138 proclame la *souveraineté absolue* de sa loi consensuelle. L'élément matériel n'apparaîtra qu'à titre de *jus singulare* pour une catégorie vile de choses, les meubles, dans l'article 1141 ; mais le concept véritable de l'obligation de livrer est complètement *épuré* dans l'article 1138 pour les immeubles (1).

Cet article ajoute au principe posé dans le premier paragraphe que nous venons d'analyser deux éclaircissements dont il faut montrer le lien avec ce principe. L'obligation de livrer « *rend le créancier propriétaire* ». Comment une obligation peut-elle rendre le *créancier propriétaire* ? N'y a-t-il pas hétérogénéité entre ces deux qualités ?

L'hétérogénéité n'est qu'apparente : il est facile de s'en convaincre en suivant la déduction des principes. L'obligation de livrer devenue parfaite met entre la chose et le promettant l'obstacle d'une loi privée volontairement interposée mais *irrévocable*. Ce n'est pas seulement la convention qui est parfaite, c'est l'obligation qui est l'objet de la convention et dont la matière est la *præstatio rem habere licere*. Donc, ainsi protégé par une prohibition légale contre toute violation de l'engagement, le créancier aura la libre jouissance de la chose

(1) Tel est bien nettement l'esprit de l'article du projet primitif qui est devenu l'article 1138 du *Code Napoléon*. La commission de rédaction avait, en effet, inséré au titre II du 3<sup>e</sup> livre un article 38 ainsi conçu : « Dès l'instant que le propriétaire a *contracté* par un acte authentique l'*obligation de livrer* un immeuble, il en est *exproprié* ; l'immeuble ne peut plus être saisi sur lui par ses créanciers ; l'aliénation qu'il en fait postérieurement est nulle et la tradition qu'il en aurait pu faire postérieurement à un second acquéreur ne donne aucune préférence à celui-ci lequel est obligé de restituer l'immeuble à celui dont le titre est antérieur ». On ne saurait mieux marquer que l'intention des rédacteurs du Code était de *purifier* l'obligation de livrer des éléments matérialisés qu'elle contenait, et de lui reconnaître enfin l'effet de *suite* absolu et définitif qui résulte logiquement, ainsi que nous l'avons indiqué plusieurs fois, de sa pure essence. *Nemo in alium plus juris transferre potest quam ipse habet !*

de par la volonté légalement sanctionnée de son « auteur ». Son droit se fonde uniquement sur l'obligation de livrer ; mais, dans son résultat pratique, il peut bien être assimilé à un droit personnel de propriété, à un *dominium ex jure civitatis*, à un *jus in re*. Ce droit n'existe qu'à la faveur d'une promesse personnelle légalement sanctionnée. Ce n'est un droit de propriété que par contre-coup, un droit relatif, indirect, corrélatif à une obligation personnelle ; c'est un droit de propriété entre parties, comme l'indique l'article 1583 ; mais malgré le caractère indirect et relatif de ce droit, l'article 1138 a pu le qualifier droit de propriété. La nature spéciale de l'obligation de livrer explique cette antinomie apparente du créancier qualifié *propriétaire*. C'est une manière d'exprimer l'énergie absolue du droit de ce créancier à la chose.

Si ce droit de propriété avait été le droit véritable qui permet de revendiquer la chose *ut suam* et que nous analyserons dans la partie de cette étude consacrée à l'*actio in rem* (1), les rédacteurs du Code n'auraient pas eu l'idée d'a-

(1) Nous ne nions pourtant pas, comme on le verra, que la jurisprudence n'ait eu raison d'admettre que le Code, outre l'action personnelle, institue aussi, au profit de ce créancier de délivrance, une action réelle. Nous voulons seulement montrer ici que l'article 1138, par sa formule même, n'impose pas absolument cette dérogation aux principes et aux traditions.

La jurisprudence d'ailleurs est-elle bien formelle quant au principe de l'action réelle ? Elle ne la qualifie telle que quand elle s'exerce contre un tiers. Nous irons plus loin et nous donnerons toujours au bénéficiaire de l'obligation de livrer le choix entre deux actions, l'une personnelle, née du contrat, douée de par l'article 1138 d'un effet de suite, et l'autre réelle qu'on ne peut lui dénier à cause des explications de Portalis déclarant incluse dans le contrat une sorte de tradition civile. Or la tradition, de par le droit régnant alors, saisissait d'un droit réel prétorien, conformément à l'édit publicien. Donc il faut accorder à ce créancier le droit exactement semblable à celui qui résulte de l'action publicienne. Était-ce un *jus in re* ou un *jus ad rem* privilégié : toute la question est là. C'est donc dans le droit romain qu'il faut chercher les principes les plus

jouter leur second éclaircissement au principe posé. Après avoir dit « elle rend le créancier propriétaire » ils n'auraient pas éprouvé le besoin d'ajouter cette remarque si inutile et même ridicule après un tel principe, *comme l'a fait observer M. Huc dans l'étude citée plus haut* : « Elle met la chose à ses risques ». Ils auraient senti combien ceci était faible venant après cela. S'ils n'ont pas craint de dire cette prétendue superfluité, c'est que le principe précédent « elle rend le créancier propriétaire » n'était à leurs yeux qu'une manière d'exprimer le caractère *définitif erga omnes* de l'obligation de *rem habere licere*. C'était une façon rapide, quoique peu exacte rigoureusement, de dire que le créancier ne serait sacrifié à aucun créancier postérieur et que par la force seule du contrat formé, un droit définitif à la chose envers la personne entrerait dans son patrimoine ; mais il ne s'ensuit pas nécessairement que le bénéficiaire de ce droit soit *saisi* par là *erga omnes* et l'article 1582 expliquera nettement que ce droit est encore un droit relatif *dans son essence*, puisqu'il dit expressément que la propriété est acquise à l'acheteur *à l'égard du vendeur*.

De ce droit, nous avons maintenant dit tout ce qui était indispensable pour préparer la deuxième partie de cette étude. L'obligation de livrer nous occupera encore quand il s'agira de formuler notre conclusion. Nous étudierons de plus près la nature de l'action à laquelle elle donne lieu, surtout la nature de l'action *quand elle est dirigée contre un tiers*. Enfin nous n'avons rien dit d'une question d'une importance considérable, la question des améliorations qu'on pourrait apporter à cette institution juridique par la *publicité*. Mais l'idée du droit réel se présente si souvent dans ces questions qu'il importe de se familiariser le plus tôt possible avec cet

importants de notre droit ! On verra à quelle conclusion les textes, à nos yeux, doivent conduire sur ce problème.



élément *sui generis* dans la doctrine du commerce des choses. Nous prions donc qu'on veuille bien faire maintenant à ces pages crédit de quelques digressions consacrées à une forme de droit, de nature archaïque, formaliste, le droit résultant, non du *titulus ad adquirendum*, partie vivante du droit, manifestation du pouvoir actif de la volonté humaine, mais du *modus adquirendi*, partie morte du droit, partie inerte, pesante que la volonté a mis des siècles à secouer et à éliminer de la technique juridique (1).

(1) Von Ihering considère précisément que la pensée fondamentale du droit moderne, son progrès caractéristique à l'égard du droit romain est de rendre possible en dehors de toute incorporation réelle la liaison d'obligations actives ou passives avec une chose. Voici ce qu'il dit en effet de la nature des charges foncières (Reallasten) : « Wie konnte es für die heutige Konstruktion der Reallasten den Ausschlag geben dass das ältere deutsche Recht bei ihnen von einer Gewere sprach ? Ist die Gewere im heutigen Recht einmal abgestorben, so kann man dieselbe doch in der That weder als dogmatisches Erklärungsmittel benutzen, noch auch wenn es sich um die juristische Erklärung des Instituts mittelst der Begriffe die uns das heutige Recht darbietet handelt, die Gewere in die Wagschale werfen. Vom Standpunkt des heutigen Rechts erscheint vielmehr die Reallast als eine Verwirklichung des modernen Rechtsgedanken in dem ich einen entschiedenen Fortschritt gegenüber dem römischen Recht erblicke, dass Forderungen sowohl aktiv als passiv mit einer Sache verknüpft werden können », p. 48 et suiv. des *Jahrbücher* (Préface générale).



## DEUXIÈME PARTIE

### PHASE RÉELLE DE L'ACTE DE DISPOSITION

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### L'ACTION IN REM. SES CARACTÈRES DISTINCTIFS.

SOMMAIRE. — Rapprochement et opposition des deux concepts de l'action personnelle et de l'action réelle. Confusion résultant de leur équivalence pratique dans certaines législations. Définition du *jus in re* et de l'*actio in rem*. Leur essence est de consister dans un droit de possession et une action possessoire. Nature de la novation qui transforme le *jus ad rem* en *jus in re*, le droit médiat *in personam* en droit immédiat *in rem*. Autorités à l'appui du caractère possessoire de la véritable action en revendication. Nouvelle comparaison du *jus in re* et *jus ad rem* dans une hypothèse empruntée au droit canonique et qui paraît être l'origine de l'expression même de *jus ad rem*.

L'acte juridique dont nous avons esquissé dans notre première partie la physionomie générale avait pour caractère essentiel de consister exclusivement dans une *relation spéciale d'obligation* créée à la charge d'une partie au profit d'une autre partie. Toute son essence s'épuisait dans cette relation. L'action résultant de l'acte avait, sans doute, pour but d'obtenir la délivrance d'une chose que le sujet passif de

l'obligation s'était engagé à *habere licere* ; mais si, à ce point de vue, l'action avait un certain caractère réel, elle n'était réelle que par son but terminal. Sa véritable essence était d'être fondée sur une obligation personnelle. Le bénéficiaire du contrat ne pouvait agir que contre son obligé. L'action personnelle était le seul moyen qui était à sa disposition pour amener à exécution l'arrangement réel conclu dans les conditions que nous avons déterminées. Les actions réelles demeuraient intactes ; le *Sachenrecht* recevait seulement dans ses cadres une action personnelle qui *s'ajoutait* à l'un des droits réels existants pour le nuancer d'une obligation de *habere licere* mise à la charge du titulaire de ce droit réel ; le droit réel lui-même n'était pas modifié (1). Le sujet passif de l'obligation de livrer, s'il était *dominus* légal de la chose continuait de l'être ; le droit de revendication subsistait sur sa tête à l'égard de tous autres que le bénéficiaire de l'obligation de livrer.

Toute relative était donc l'action née de cette obligation. Mais, comme nous l'avons montré, cette relativité de l'action destinée à sanctionner le droit n'impliquait pas *nécessairement* la précarité du droit engendré, par rapport aux actes postérieurs de disposition. Je me suis obligé à livrer et à abandonner définitivement la *vacua possessio* d'une chose. L'action destinée à sanctionner cet acte juridique n'est que personnelle, mais elle n'en est pas moins efficace pour aboutir en pratique au même résultat. Mon acte n'en est pas moins un acte de disposition. A ceux qui m'opposeraient un acte de disposition postérieur, je puis, en l'absence de dé-

(1) Les juristes anglais divisent à ce point de vue le droit en droit *objectif* et droit *adjectif*. Le droit adjectif est l'ensemble des obligations officieuses qui, comme nous le disons au texte, *s'ajoutent* aux droits réels, sans en modifier la teneur *objective*.

chéance légalement prononcée en leur faveur et à mon préjudice, répliquer que je suis moi titulaire par rapport à cette même chose d'un acte de disposition antérieur, valable quoique ayant la forme d'un simple engagement personnel, et que, antérieur en date, je suis premier en droit (1). Nous l'avons vu, si l'idée de la précarité du droit engendré par le simple contrat s'est attachée historiquement à l'idée de ce contrat, c'est par suite d'une règle de *résolution et de préférence légales* qui était prononcée par le droit romain; ce n'est pas en vertu de l'essence même de l'obligation de livrer. L'article 1138 du Code Napoléon a aboli la précarité du droit en abolissant la menace qui pesait sur la simple obligation de livrer et la sacrifiait au véritable droit réel, même si celui-ci était postérieur. Cet article a déclaré l'obligation de livrer « parfaite » c'est-à-dire définitive dans ses effets personnels tels que nous venons de les rappeler.

Ainsi le *titulus ad acquirendum* pourrait à la rigueur suffire à une société civilisée. Attribuer aux obligations personnelles relatives aux choses une sanction complète, absolue, sans qu'on ait besoin de transformer jamais l'action personnelle en action réelle, n'est-ce pas un *modus vivendi* très sa-

(1) *Nemo in alium plus juris transferre potest quam ipse habet*. MM. Aubry et Rau, § 369, note 32, voient une application de cette règle dans l'article 1743 du *Code Napoléon* qui donne droit de suite au preneur dont le bail a date certaine. Mais attendu que dans le louage, selon la doctrine généralement admise, il s'agit d'une simple obligation de *faire jouir* contractée par le preneur, nous ne croyons pas que l'article 1743 puisse rentrer dans l'application logique de la maxime. Le bailleur garde de par l'essence de son acte sa propriété intacte. Il n'en est pas de même dans l'acte de disposition dont il est question au texte. Par essence, il diminue le droit de propriété; *logiquement* la maxime *Nemo in alium...* devrait s'y appliquer. En fait, cela n'a pas été, et pour des raisons déjà indiquées, jusqu'au *Code Napoléon*. Quant au droit de suite du preneur, nous l'avons déjà présenté comme un privilège légal.



tisfaisant (1). N'est-ce pas même un idéal très spiritualiste puisque les choses y sont gouvernées uniquement par les *obligations* volontairement contractées? Le droit réel, élément formaliste, ne semble-t-il pas devoir être expulsé pour laisser régner exclusivement les titres d'obligations réciproques, *tituli ad acquirendum*? Les personnes, non les choses, seraient les seules personnages agissants sur la scène juridique. L'esprit régnerait, non la matière. Nous verrons cependant qu'il est pratiquement impossible de se passer du *jus in re* dans l'organisation juridique. Nous verrons le rôle qu'il continue à jouer dans le Code Napoléon. Mais nous avons au préalable à nous familiariser avec son essence et la longue histoire de ses péripéties.

La caractéristique du *jus in re*, tel que nous le concevons et que nous l'opposons au *jus ad rem*, c'est d'être autre chose que l'énergie d'un *titulus ad acquirendum*, c'est de se fonder sur autre chose qu'une convention volontaire conclue entre deux personnes privées, c'est de se fonder sur un *mode légal d'investiture*, sur un *modus acquirendi*. Quelque énergique que puisse être l'effet du *titulus* privé, officieux (et nous avons montré qu'il pouvait l'être profondément), cet effet reste toujours d'une nature différente de l'effet du *modus acquirendi*. Celui qui est propriétaire en vertu d'un *modus acquirendi* n'a plus un simple droit officieux. Ce droit a été comme *nové* par le *modus*. Le *titulus* peut jouer d'ailleurs, dans le *modus* dont l'effet est ainsi *novatoire*, le rôle d'un élément de validité. Il se peut que, pour pouvoir invoquer le *modus*, on soit obligé de faire la preuve de l'existence préalable du *titulus*. Mais il n'en est pas moins vrai que, pour passer, du droit relatif

(1) Le droit réel existe dans le *titulus ad acquirendum* « non quidem formaliter, sed causaliter et eminenter », pour employer les expressions scolastiques. Cela peut suffire en pratique.

et officieux de *quasi-propriété* conféré par le *titulus* conventionnel, au droit absolu et immédiat sur la chose, pour passer, du *jus ad rem in personam* avec son action *personalis in rem scripta*, au *jus in re* qui engendre l'*actio in rem* exercée immédiatement par la personne sur la chose et accessoirement contre tout possesseur, pour opérer cette transformation, disons-nous, le Droit fait un acte particulier. Ne pas noter ce moment important serait négliger le point capital de la technique des actions juridiques.

Le résultat de cette novation est donc de constituer le bénéficiaire du *titulus*, et en vertu de ce *titulus*, possesseur légal de la chose en qualité de *dominus légal*. Le *titulus* a préparé la novation. L'obligation de livrer donnait au bénéficiaire toutes les conséquences pécuniaires du droit de propriété. La chose périssait et s'accroissait pour lui : mais ces conséquences ne méritaient, nous avons dit le mot, que le nom de quasi-propriété. Il était « comme propriétaire », mais il l'était seulement sur la base d'une convention officieuse. En lui donnant le droit immédiat sur la chose, le droit fait de cette fiction de propriété une propriété véritable. Il prend en main, en quelque sorte, la sanction de ce *titulus* officieux. Il efface l'ancien propriétaire dans le catalogue des *domini* légaux ; il y substitue le nouveau. C'est la sanction légale du *titulus* ; c'est, comme nous l'avons dit dans l'introduction de cette étude, sa *réalisation* (1).

(1) Le *jus ad rem*, c'est-à-dire l'obligation, est nové par la « réalisation » ; il est par suite détruit : *Novatione tollitur obligatio*. Gaius, III. 176. L'action en garantie est de nature quasi-contractuelle. L'*actio auctoritatis* était même quasi-délictuelle ou même délictuelle, s'il y avait mauvaise foi chez celui qui avait donné l'*auctoritas* pour l'ensaisinement. Le contrat est éteint puisqu'il est exécuté. « Nous pouvons, dit Ihering, affirmer sans hésiter qu'aucun acte du droit ancien ne produisit en même temps un effet réel et un effet obligatoire ».

Les conséquences pratiques de cette novation quant à la technique des actions judiciaires seront mises en lumière plus tard ; elles ressortiront de l'ensemble de l'étude. Il est impossible à présent de formuler à ce sujet des règles générales parce que, si l'idée du *jus in re* et celle du *jus ad rem* sont claires comme concepts généraux, les conditions pratiques d'acquisition de celui-là sont très variables selon les temps. Les *modi acquirendi* surtout se sont profondément modifiés au cours des âges : les détails que nous fournirons suffiront à donner l'idée de cette incessante transformation et de ces constants perfectionnements. Trop se hâter de chercher des applications positives et pratiques des concepts analysés corromprait la science. Elle peut, elle doit sans doute ne jamais perdre de vue les faits positifs qu'elle systématise ; mais, dans cette œuvre de systématisation, l'analyse est à elle-même sa raison. Les conséquences pratiques viennent sans être cherchées. Telle analyse qui semblait purement théorique, quoique vraie, aboutit tout à coup à révéler la clef d'une antinomie qui semblait insoluble. Procéder avec précision en suivant la méthode que Descartes s'était assignée pour ses recherches, « commencer par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître en s'élevant peu à peu à la connaissance des plus compliqués, — faire des dénombrements pour être assuré de ne rien omettre, — supposer de l'ordre même entre les objets qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres », c'est la vraie voie pour aborder la réalité et transformer en un « cosmos » bien ordonné le « chaos » des impressions contradictoires de la pratique pure.

Droit officieux à la chose, saisine officielle de la chose ! c'est de l'analyse du premier de ces concepts que nous sortons ; c'est dans l'analyse du second que nous entrons.

L'ensaisinement permet au bénéficiaire du *titulus* ou, plus

particulièrement, puisque nous nous occupons uniquement de l'ensaisinement à suite d'une convention de livrer, au bénéficiaire d'une obligation de donner, de se protéger dans l'exercice de son droit par une action *in rem*. L'*actio in rem*, cela a été remarqué depuis longtemps, et la saisine qui lui sert de base ont un certain caractère possessoire. Nous ne saurions mieux faire que de transcrire ici les termes mêmes d'une analyse parue dans la revue allemande : *Archiv für die civilistische Praxis*, tome 78, p. 394, et contenue dans un article auquel nous avons déjà fait allusion. L'auteur Pflüger définit très bien ce qui constitue le *droit de propriété fondé sur l'ensaisinement*, par opposition au *droit fondé sur un titre officieux* ; il met en relief la nature *possessoire* du premier. « Herrschaft und unmittelbare Herrschaft ist nur ein anderes Wort für Besitz. *Man kann daher gerade so gut sagen : ein dingliches Recht ist ein solches das den Besitz einer Sache gewährt, oder, mit einem Wort : die herrschende Meinung bezeichnet als « dingliches Recht » was man ihrer Definition nach treffender als Besitzrecht bezeichnen würde... FORDERUNGSRECHT UND BESITZRECHT, oder, wenn wir das Recht zunächst beiseite lassen, FORDERUNG UND BESITZ, das sind also — man sieht es schon den blossen Worten an — DIE WAHREN GEGENSÄTZE. FORDERUNG UND BESITZ, DAS SIND DIE WAHREN BRENNPUNKTE FÜR DAS SYSTEM DES VERMÖGENSRECHTS ; und dieses hat sich also auf dem einfachen Gegensatz aufzubauen dass man sich zu einer Sache auf zweierlei Weise verhalten kann indem man sie entweder hat, oder indem man sie von einem Andern haben will. » Droit d'action personnelle ou, comme disent les Allemands, droit de *demande*, et droit de *possession*, ce sont bien, en effet, les deux concepts les plus généraux du droit. Ne touchons-nous pas au fond même des choses ? *Avoir une chose*, ou avoir le *droit de l'exiger d'autrui*, ne sont-ce pas,*

comme dit l'auteur que nous venons de citer, les deux idées élémentaires, les deux « foyers » (*die wahren Brennpunkte*) de tout le système des droits patrimoniaux ? N'est-ce pas un concept clair et distinct, un concept de sens commun, et l'édifice juridique bâti là-dessus n'est-il pas bâti sur le roc solide de la nature même des choses ?

Droit à une chose, droit sur une chose, ces deux droits sont, sans doute, dans une certaine mesure, de nature réelle. Leur différence gît dans la nature de l'action qui les sanctionne. Chacun engendre une action *réelle*, mais l'une est *ad rem*, l'autre *in rem*. Celle-ci tend à protéger le droit par lequel on a une chose, c'est-à-dire par lequel on a le droit de la posséder et de se protéger dans cette possession. Celle-là tend à protéger le droit par lequel on peut *exiger* légalement d'un propriétaire ou d'une personne quelconque délivrance d'une chose déterminée. Les actions sont toujours calquées sur les droits qu'elles sanctionnent, dont elles ne sont même que la mise en exercice sous le contrôle et avec l'appui éclairé de l'autorité publique. Tout droit, pour employer la terminologie allemande, est un pouvoir, un *Mægen*, une puissance considérée comme bonne, comme *droite*. *Recht* = droit, bon. Dans le mot *Vermægen*, l'adjonction du préfixe *Ver* a pour résultat de marquer l'irrévocabilité du pouvoir appuyé par la volonté législative. Ce qui est reconnu comme *recht*, comme « droit » par la majorité, c'est le Droit, le *Recht*, avec des lettres majuscules pour marquer l'espèce d'anoblissement qui caractérise les conceptions que la collectivité a élevées au titre de lois officielles, les choisissant entre les milliers de conceptions *possibles* qui s'agitent dans une masse populaire. Donc le droit de propriété sera, comme l'a défini très justement Savigny (*Recht des Besitzes*, § 1) : « *die rechtliche Mæglichkeit auf eine Sache nach Willkür einzuwir-*



ken und jeden Andern von ihrem Gebrauch auszuschliessen » ; et le savant romaniste note aussitôt l'élément possessoire, la saisine de possession contenue dans ce concept du droit de propriété. « So, dit-il, *liegt in der Detention Ausübung des Eigenthums..... Der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen ; dasselbe Recht hat der welchem der Eigenthümer den Besitz verstattet ; jeder Andere hat dieses Recht nicht* ». Rudolff von Ihering, dans une étude insérée dans ses *Jahrbücher*, 1893, p. 41 et suiv., note ces mêmes idées dans son vigoureux style philosophique. L'*actio in rem* est, selon lui, une défense de la possession, *Kampf um den Besitz*. Il indique en même temps, ce que les pages suivantes mettront en lumière, que le droit romain a particulièrement marqué le caractère possessoire de l'action en revendication. L'*actio in rem*, dit-il, ne suppose pas que l'attaqué ait commis une illégalité *subjective*, *subjective Widerrechtlichkeit* (ce qui signifie que le *titulus* n'est pas le fondement de cette action, mais qu'elle se fonde sur l'investiture légale). Cette action peut être intentée par celui qui n'est pas encore possesseur de fait ; mais elle suppose néanmoins, sous peine de n'être pas *in rem*, mais *ad rem*, de n'avoir la possession que pour objet *indirect*, non *direct*, le *jus possidendi*, c'est-à-dire l'investiture légale de la propriété (1). Nous nous permettons de citer encore cette dé-

(1) Le droit de propriété n'est qu'une possession que la société a confirmée en y attachant l'autorité du droit. Laurent, tome 32, n° 5.

La saisine possessoire qui est l'élément caractéristique du véritable droit de propriété apparaît clairement dans la définition que donne des effets du droit réel l'article 870 du nouveau Code monténégrin. « Si tu es propriétaire d'un fonds, d'un cheval ou d'une chose corporelle quelconque, toute personne est tenue de respecter ton droit, de ne pas y porter atteinte ; tu peux l'exercer librement et en paix dans les limites légales ». La revendication fondée sur un droit de ce genre est donc une action de défense possessoire. On a dit cela de la Publicienne ; or, cette action est, selon le langage même des textes, *ad instaur proprietatis*, c'est-à-dire

finition de la *rei vindicatio*, caractéristique du *jus in re*.  
 « Die Forderung des Rechtsschutzes gegen Besitzentziehung  
 » ist ein absolutes Postulat des Eigenthumsidee... Das rœmis-  
 » che Recht gewährt dem Eigenthümer das Mittel den Besitz  
 » aus der Hand eines jeden bei wem er die Sache auch fin-  
 » det, und wie derselbe auch in ihren Besitz gelangt sei, zu  
 » sich zurückzubringen. Das Mittel, das in ältester Zeit in ei-  
 » nem solemnem Akte der Selbsthilfe bestand und nur wenn  
 » er auf Widerstand stieß zu einem rechtlichen Verfahren  
 » führte, ist die « *rei vindicatio* ». Auf ihr beruht die eigen-  
 » thümliche Signatur des rœmischen Eigenthumsbegriffs. Bei  
 » dieser Gelegenheit tritt die rœmische Auffassung von der Be-  
 » deutung des Besitzes für das Eigenthum in einer Weise zu  
 » Tage wie sonst nirgends: Eigenthum und Anspruch auf  
 » Besitz ist gleichbedeutend. Um seinen Anspruch auf Heraus-  
 » gabe des Besitzes zu verwirklichen, dafür bedarf es dem  
 » Eigenthümer keines weiteren als : Nachweis des Eigenthums  
 » in seiner Person, der durch den Beweis eines vom der Rechte  
 » vorgezeichneten *Erwerbungsgründe* desselben erbracht  
 » wird ». Ainsi la *rei vindicatio* se fonde sur un *modus ad-*  
*quirendi* : la preuve de celui-ci est la condition nécessaire, mais  
 suffisante du succès de cette action. Le droit romain a donné  
 au *modus acquirendi* une autonomie plus farouche qu'aucune  
 autre législation. Le progrès consiste à mitiger l'effet du *mo-*  
*odus acquirendi* en le conditionnant par la nécessité de prou-  
 ver en certains cas le *titulus* qui a préparé et justifié l'ensai-

est une imitation de la revendication. Quoi de plus décisif d'ailleurs que  
 cette définition que Pothier donne de l'action de revendication (*Traité  
 du domaine de propriété*, n° 281). « L'action de revendication est une  
 action qui naît du domaine de propriété que chacun a des choses par-  
 ticulières, par laquelle le propriétaire qui en a perdu la possession la  
 réclame et la revendique contre celui qui s'en trouve en possession et  
 le fait condamner à la lui restituer. »

sinement légal, ou en faisant même du *titulus* un élément constitutif du *modus acquirendi*, en un mot, en rendant le *modus acquirendi* plus spiritualiste, moins formaliste, plus intelligent des volontés qui en sont la base.

Nous pensons avoir marqué avec autant de précision qu'il est possible dans un chapitre d'introduction comme celui-ci la distinction entre le *jus ad rem* et le *jus in re*. Ce qui peut sembler nouveau et qui peut-être choquera les habitudes, c'est que nous présentions le droit *ad rem* comme un droit spécial relatif à une chose déterminée, quoique dirigé contre la personne qui en est propriétaire, et comme doué dans une certaine mesure d'un droit de suite. Jusqu'à présent la doctrine semble, en effet, n'admettre que deux types de droits : 1° le droit de créance *in personam*, général, indéterminé quant à son sujet passif, qui est le patrimoine en bloc ; 2° le *jus in re* qui est le seul droit spécial relatif à une chose. Le premier droit est qualifié *jus ad rem*. Notre thèse tendrait à une classification qui nous semble plus philosophique. Il faudrait distinguer : 1° le droit *in personam* ayant pour but un acte de la personne, le véritable droit de créance ; 2° le droit *in personam* ayant pour but, non un acte, mais une chose déterminée : ce serait le véritable *jus ad rem* ; 3° le droit *in rem* consistant dans l'investiture immédiate de la propriété. Ainsi le *jus ad rem* serait quelque chose de plus qu'un droit de créance simple : ce serait un droit réel fondé sur le seul titre, sur une simple obligation officieuse de livrer une chose bien déterminée, un droit réel indirect, un droit réel sans la saisine réelle.

Quelque décisifs que nous croyons les motifs qui nous déterminent à adopter cette manière de voir, nous aurions hésité à la proposer, si nous n'avions en sa faveur l'appui de l'histoire du mot *jus ad rem* lui-même. Ce mot a-t-il désigné

toujours un simple droit de créance personnelle ? ou bien a-t-il désigné le concept juridique auquel nous l'appliquons ?

Cette expression *jus ad rem* est étrangère au droit romain. Comment et pour quelle situation a-t-elle été créée ? La *Nouvelle Revue historique de droit* a publié en 1890, p. 799, le compte-rendu par M. Fournier d'un ouvrage allemand sur cette question. Un professeur de l'université de Graz, Carl Gross, a publié en 1887 une étude de droit canonique sur les effets juridiques de la collation d'un bénéfice. Un bénéfice est un *droit réel* consistant dans le droit dont une personne est investie de percevoir les revenus d'un ensemble de biens ; il est sanctionné par une *action réelle*. Or c'est à propos de ce droit réel qu'on peut voir, comme dans un schème agrandi à souhait, le jeu des principes ci-dessus analysés. Le droit réel et l'action réelle ne sont acquis au bénéfice que par l'*investiture*. Mais l'investiture suppose un titre préalable, un *droit à* cette investiture. Ce droit résulte, selon les cas, d'une présentation par l'autorité ayant ce droit, ou d'une élection par un chapitre. A partir de la présentation ou de l'élection, le candidat a un droit irrévocable ; il est propriétaire du bénéfice, et pourtant, jusqu'à la collation ou l'investiture, il n'en est pas titulaire. « Ce n'en est pas moins un droit privatif, dit M. Fournier ; *beneficium affectum ita quod non possit conferri alteri* ; le supérieur ecclésiastique doit conférer le bénéfice au candidat qui lui est régulièrement présenté. *Visiblement un tel droit qui s'impose également au respect de tous doit être considéré, moins comme un droit personnel que comme un droit réel imparfait*, comme une expectative de droit réel. Cependant comme il diffère profondément du *jus in re* appartenant au bénéficiaire qui a reçu la collation du supérieur, les canonistes du moyen âge ont été amenés à donner à ce droit la désignation de *jus ad rem* qu'ils ont opposée à

celle de *jus in re*. Naturellement ils ne se sont point crus autorisés à classer l'action qui garantit ce droit parmi les actions réelles : *personalis actio est*, dit Innocent IV, *quia nec in rem nec mixta est.* »

Cette hypothèse est précieuse en ce qu'elle nous fournit, en quelque sorte, en grosses lettres ce que nous découvrons, en petites lettres, dans le droit purement privé. Dans le droit privé aussi, le *titulus* simple n'engendre qu'un *jus ad rem*, mais ce *jus ad rem* peut être absolu et « privatif ». Le *jus ad rem* peut conférer le droit de suite, sans que l'action engendrée cesse d'être personnelle. *Personalis actio est*, dit le pape et, sans prétendre faire ici en notre faveur rétroagir le principe de l'infailibilité papale ! nous croyons que sa décision est fondée sur une vue profonde et exacte de la nature des choses. Entre le droit de *simple créance* et le droit de propriété *né et actuel*, il y a place pour un *droit de propriété fondé sur un titre, officieux*, il est vrai, mais néanmoins opposable aux ayants cause postérieurs du propriétaire qui l'a consenti.



## CHAPITRE II

### COUP D'ŒIL GÉNÉRAL SUR LES DIVERS FAITS GÉNÉRATEURS DU JUS IN RE ET DE L'ACTIO IN REM.

SOMMAIRE. — D'où naît le *jus in re* ? Coup d'œil général sur les faits et circonstances qui l'engendrent. Distinguer selon les objets auxquels il s'applique, les *titres* qui le justifient dans les divers cas. Le *jus in re* et la légalité de l'ensaisinement (distinguée de la légalité de l'*inscription* en vigueur en Allemagne). Idée générale de l'évolution des *modi acquirendi* dans un sens plus spiritualiste. Modes d'investiture à titre originaire et modes d'investiture à titre dérivé.

Nous appelons *modi acquirendi* les faits et circonstances d'où résultent l'investiture et l'action directe *a persona in rem* comme sanctions de l'acte juridique de disposition. Ces actes juridiques peuvent être très divers *quant à leur objet* : d'où une première distinction à faire entre les modes légaux d'investiture qui correspondent à chaque objet. L'investiture de chaque genre de droit dans les législations étroitement formalistes peut s'opérer selon des formes solennelles spéciales. Il peut y avoir des droits pour lesquels n'existe aucun mode d'investiture, des *droits non reconnus officiellement comme droits réels* et qui ne sont jamais sanctionnés que par des actions officieuses, indirectes, *ad rem in personam*. La question ne comporte pas de principes généraux. Le progrès du droit consiste à élargir peu à peu les cadres des droits réels, à diversifier de plus en plus les « cisaillements » du droit de propriété, à mesure que la civilisation

crée de nouvelles formes d'action, de nouveaux moyens de progrès.

Plus importante est la distinction des *modi acquirendi* au point de vue des « *tituli* » qui leur servent de condition préalable. Quoique, en effet, le résultat du *modus acquirendi* soit plus qu'un droit à la chose, il suppose dans une mesure plus ou moins grande (ici s'exerce le progrès) l'existence préalable d'un droit à la chose. La loi s'efforce (elle y réussit plus ou moins heureusement), mais elle s'efforce du moins en principe de n'accorder le droit sur la chose qu'à celui qui a véritablement droit à la chose, c'est-à-dire qu'elle s'efforce de ne donner droit de revendication, de ne conférer *investiture* qu'à celui qui mérite par des titres légitimes d'être et de rester propriétaire. Ainsi le *titulus* joue toujours un certain rôle dans le *modus acquirendi*. C'est même, pour anticiper sur des explications postérieures sur ce terrain, que se présente l'intervention de ce que les Allemands appellent le principe de Légalité (Légalitætsprincip.) (1). L'investiture a-t-elle un effet légal absolu garanti par la puissance publique ? Confère-t-elle, une fois donnée, un droit supérieur à tous autres titres ? ou bien est-elle seulement provisoire, précaire, toujours donnée sous la condition de la validité du titre allégué sans rien ajouter à cette validité même ? En un mot, purge-t-elle la chose de tous droits antérieurs ou les respecte-t-elle ? Dans le premier régime, c'est le principe de Légalité de l'in-

(1) Nous consacrerons un chapitre spécial à l'étude de la légalité et de la garantie publique dans le système de simple *publicité*. C'est à ce système et non au système d'ensaisinement qu'elle se rattache en réalité dans la doctrine allemande ; mais en France et par l'effet d'une illusion, comme nous le montrerons, on mêle à l'idée de légalité des inscriptions la chimère d'un régime d'ensaisinement public. On conçoit cependant l'intervention de la légalité dans l'ensaisinement ; c'est pourquoi nous en parlons ici.

vestiture qui doit régner ; dans le second c'est le principe de l'ensaisinement aveugle. Dans le premier, le *modus acquirendi* ayant la prépondérance, la puissance qui le confère doit contrôler le fond du droit, la légalité de la demande d'ensaisinement. Dans le second, les *tituli* demeurent le seul élément des procès : la puissance publique y joue un rôle tout passif ; elle ne se prononce pas sur la légalité.

Ainsi la question du rôle exact du *titulus* dans l'*adquisitio* du *jus in re* ne comporte pas non plus de règles absolument générales. Il y a là une lutte du spiritualisme et du formalisme, des *tituli* et des formes solennelles. Cette lutte fait l'objet de cette thèse, comme nous l'avons indiqué. Nous en suivrons les péripéties ; nous montrerons comment s'achève ce que nous pourrions appeler la pénétration du formalisme par l'élément intelligent, les *tituli*, ou en un mot, la spiritualisation des *modi acquirendi*. Aujourd'hui, dans le droit français, le formalisme a été tellement pénétré par le spiritualisme et l'action réelle tellement assouplie qu'elle ressemble presque complètement, au point de vue du rôle du *titulus*, à l'action purement émanée de ce *titulus*, à l'action personnelle dont nous avons parlé dans la première partie de cette étude. Grâce à cette pénétration et à cet assouplissement, l'action personnelle est en même temps réelle (1). Tout *titulus investit* par sa seule force. Le perfectionnement du *modus acquirendi* nous mènera à un tel point que le formalisme pourra se superposer au pur spiritualisme. Les deux fleuves, celui de l'action personnelle, celui de l'action réelle se fondront au point qu'il ne sera plus possible de distinguer les deux actions personnelle

(1) Ces formules, ainsi jetées sans l'appareil de préparations et de documents qu'elles réclament, peuvent sembler énigmatiques et paradoxales : nous ne faisons qu'indiquer la marche générale de l'évolution des *modi acquirendi* dans l'histoire juridique, leur progrès dans un sens spiritualiste : la suite éclaircira ces anticipations.

et réelle. Aussi, quand la jurisprudence interprétative du Code Napoléon voudra fixer le nom de l'action issue de l'acte conventionnel de disposition, elle ne l'appellera plus ni personnelle, ni réelle : elle l'appellera *mixte*. Tout le fruit de cette étude se résumera dans la justification de cette décision de la jurisprudence contemporaine. Nous ne visons nullement à innover. Nous considérerions au contraire comme fausse notre analyse si elle aboutissait à des résultats autres que ceux que formule la jurisprudence. Les décisions jurisprudentielles sont, pour la théorie juridique, de véritables faits d'une valeur tout à fait indépendante, des faits qu'il faut prendre comme les indices des progrès ou, du moins, des mouvements de la conscience juridique. Ce sont des manifestations de l'esprit public à placer, en ce qui concerne les idées du droit, à côté des œuvres littéraires ou des autres manifestations intellectuelles qui révèlent l'opinion d'un peuple sur les autres questions sociales. On peut apprécier leur rapport avec les lois positives ; mais, pour l'historien du droit, elles ont une valeur intrinsèque ; elles sont des faits de l'histoire morale. Elles décèlent les mouvements des idées juridiques : il faut y discerner les divers courants qui parfois se mêlent capricieusement, mais ne se confondent jamais. Le déterminisme régit les concepts comme les choses matérielles. Les flots, les tourbillons ont leurs formules mathématiques que le savant sait découvrir. Leurs caprices sont ramenés à des lois simples. De même, sous cette appellation un peu vague d'action mixte donnée par la jurisprudence à l'action née du contrat de disposition, à l'action en délivrance, pour parler la langue usuelle, nous essaierons de découvrir les divers filons un peu mêlés de la pensée juridique. Nous essaierons de marquer quelle « anastomose » s'est produite là entre les deux grands vais-

seaux dans lesquels, durant des siècles, cette pensée juridique avait coulé séparément, la sanction personnelle et la sanction réelle, et comment un vaisseau unique en est résulté.

Nous ne faisons, on le voit, que marquer les jalons pour les développements à venir. Il est cependant possible, si nous passons, du rôle du *titulus* en général, à la nature même du *titulus* qui prépare et conditionne diversement l'*adquisitio* réelle, de formuler une idée plus précise. Cette idée, c'est la distinction classique des modes d'acquisition à titre originaire et des modes d'acquisition à titre dérivé. Quoique nous ne nous occupions que de ceux-ci, il importe d'en rapprocher les autres, car, en certains cas, ces deux acquisitions semblent se couler dans un *modus* identique. On a pu prétendre qu'en droit romain, la *mancipatio per æs et libram*, la *cessio in jure* étaient, quant à la forme, des fictions d'acquisition à titre originaire (1). L'acquisition à titre dérivé a pour caractéristique de se fonder sur la volonté, l'*auctoritas* comme disaient les Romains, d'un précédent propriétaire. Celui-ci autorise l'investiture. Il est l'auteur, l'*auctor* du nouvel investi. Deux actes sont donc nécessaires pour cette *adquisitio* : l'acte d'*auctoritas* et l'acte de *capio* (2). Les formes et les effets de chacun de ces actes sont diversement réglés selon

(1) « Das ältere römische Recht kennt bei Rechtsgeschäften nirgend ein Geben, nur ein Nehmen (Ihering). »

(2) « A kann verkehrsmässig nur dadurch erwerben dass die zu seinen Gunsten von B getroffenen dessen Vermögen mindernden Verfügungen (sei es Veräusserung, Versprechen oder Verzicht) als gültig und wirksam anerkannt werden » (Iherings Jahrbücher, 32<sup>e</sup> volume, p. 12 et suiv.). Notre explication du mot « *auctor* » diffère ainsi un peu de celles qui ont été proposées jusqu'ici. Elle nous semble d'accord avec les principes généraux que l'on vient de voir développés et commandée par eux. Nous expliquons aussi par là l'expression *actio auctoritatis* ; c'est une action pénale pour le délit consistant dans une *auctoritas* donnée à tort. De même qu'on disait *actio doli*, *actio furti*, *actio injuriarum*, etc., de même on disait, au génitif, *actio auctoritatis*.



les législations. « Duo tantum notanda sunt, dit Grotius, (De  
 » Jure Belli. Lib. II, ch. VI), alterum in dante, alterum in eo  
 » cui datur. *In dante*, non sufficere actum internum volunta-  
 » tis, sed simul requiri aut verba aut alia signa externa :  
 » quia actus internus, ut alibi diximus, non est congruens  
 » naturæ societatis humanæ. Ut vero traditio etiam requira-  
 » tur, *ex lege est civili* ; quæ, quia a multis gentibus recepta  
 » est, jus gentium improprie dicitur. Sic alicubi usurpatum  
 » videmus ut *professio apud populum, aut magistratum et*  
 » *relatio in acta* requiratur : *quæ omnia ex jure esse civili cer-*  
 » *tissimum est...* Vicissim in eo cui datur, *seposita lege civili*,  
 » requiritur *naturaliter* voluntas accipiendi, cum suo signo. »  
 L'*acquisitio* à titre originaire se passe de cette *auctoritas*,  
 car elle a pour objet une *res nullius*. Nul donc n'a besoin  
 dans ce cas d'être *auctor*.

Mais une acquisition peut être à titre dérivé sans supposer,  
 comme *titulus*, l'*auctoritas expresse* d'un propriétaire. Le  
*temps* joue parfois le rôle de *titulus* ; il équivaut à une *aucto-*  
*ritas*. Quoi de plus significatif à l'appui de ce point de vue  
 que les termes mêmes de cette fameuse disposition de la loi  
 des XII Tables où est fixée la durée de l'*usus* nécessaire pour  
 équipoller à une *auctoritas* : « *Usus auctoritas fundi biennium,*  
*cæterarum rerum annuus* » ? Nous ne parlerons qu'accessoire-  
 ment des *adquisitiones* fondées sur d'autres *tituli* que la vo-  
 lonté *privée*, l'*auctoritas expresse* ; celle-ci est le facteur es-  
 sentiel de cette étude, conformément à notre titre. Les autres  
*modi* ne sont étudiés qu'en tant qu'ils *aident* l'*adquisitio* con-  
 ventionnelle. Parfois, en effet, la volonté emprunte un autre  
*modus* pour arriver à ses fins. L'aliénateur peut donner la pos-  
 session nue et l'acquéreur attendre ainsi de l'*usus* l'*investiture*  
 qui opère le déplacement du droit réel. C'est un biais qui sert  
 à la volonté ; mais ce n'est pas le *déplacement proprement*

*volontaire* : nous n'en pourrions parler qu'au second plan.

Grimm, dans ses *Rechtsalterthümer* (p. 115 et suiv.) fait très justement remarquer, comme idée générale sur le transfert officiel de la propriété consécutif au contrat d'aliénation, que le *firmare* de l'aliénation revêt ordinairement la forme d'une répétition solennelle de la tradition. C'est une idée qui trouvera sa confirmation dans l'étude historique que nous abordons maintenant. L'acquéreur à titre officieux fait enregistrer son acquisition par la collectivité soit assemblée en corps, soit fictivement présente. Ainsi la *proprietas debita* se transforme en *proprietas adquisita*. Ceci nous amène à un examen historique plus détaillé de ces formes mêmes.

### CHAPITRE III

#### HISTOIRE DE L'INVESTITURE RÉELLE DANS LES DIVERSES LÉGISLATIONS.

SOMMAIRE. — Examen détaillé des diverses législations au point de vue des formes d'ensaisinement. — Idée générale préliminaire : l'ensaisinement et la barbarie primitive. Sa disparition dans les sociétés commercialistes. *Res Mancipi* et *res nec Mancipi*. La terre et les immeubles.

*Le droit romain* et le *dominium legitimum* ; raisons de l'importance donnée à cette législation. — Un passage de la Bible. — La *cipio* par l'*usus* en droit romain. — La *cipio per populum* et le testament *calatis comitiis*. Le peuple est là pour ensaisiner. — *Mancipatio per æs et libram*. Sens exact de cette cérémonie. Son application spécifique en matière de vente. Son extension à d'autres cas où l'ensaisinement devait être opéré, et l'était ainsi très commodément. Etude approfondie du testament *per æs et libram* et de la saisine qu'il engendre au profit du *familix emptor*. — La *cessio in jure*. Son caractère plus savant. Son domaine d'application : les choses moins corporelles. — Le rôle supplétoire de l'*usucapio* : l'*adjectio dominii per continuationem possessionis*. — Essence du procès de revendication selon le droit strict : il ne met en jeu que la question de possession légale. Perfectionnements prétoriens. La procédure formulaire. Son origine dans la *judicis postulatio*. Utilité de la formule. Rôle de l'exception dans la formule, *Omnis exceptio exclusoria est*. L'exception commence à mitiger par des éléments spiritualistes le formalisme du droit strict : c'est un moyen de *défense* donné au juste titre. L'action publicienne lui donne un moyen d'*attaque*. Etude approfondie de cette action. Elle naît de tradition matérielle accomplie *ex justa causa*. Essence formaliste de ce *modus acquirendi*. En quoi elle s'éloigne du droit strict quant à sa technique : l'*exceptio justi dominii* dans la publicienne. Sa place dans le texte de l'édit. Traduction proposée de ce texte. Comment dans l'action publicienne le débat est transporté presque toujours sur le fond du droit. — Identité de l'action publicienne et de l'action pétitoire du droit moderne. Le *Code Napoléon* l'a perfectionnée en supprimant la nécessité de la tradition corporelle. Le juste titre saisit.

*Le droit germanique*. — C'est le domaine propre de la saisine ; raisons de ce caractère archaïque. — La *Gewere* et le droit germanique.

Etymologie du mot. Essence de la chose. — Rôle de la Gewere. — Ses formes : tradition *in mallo*, tradition devant témoins. *Traditio ad altare*. — L'investiture par autorité publique. Est-ce le mode primitif ? Question controversée. Réponse négative. — Effets désastreux, en ce qui concerne les concepts juridiques, de la période d'anarchie qui succéda à la chute de l'empire romain. — Survivance du principe de la Gewere dans les coutumes de nantissement. En quoi consistent les *devoirs de loi* et quel est leur effet juridique ? Energie remarquable du terme par lequel certaines coutumes le désignent : *réalisation*. Eten due d'application du nantissement dans les diverses coutumes. — Institution dans toute la France d'un mode de saisine-dessaisine par notaires royaux. Essence de ce mode, sa destinée. — Brève étude de la saisine par an et jour en droit germanique. L'effet purgatif de la Rechte Gewere. Destinées postérieures du droit germanique en Allemagne : sa lutte avec le droit romain. Deux camps dans la doctrine : les germanistes et les romanistes : leur rivalité ! Triomphe des romanistes et du principe du transfert par volonté privée.

*Le droit romain en France.* — Généralisation du principe du transfert par la tradition privée. Raisons de ce fait tirées de circonstances historiques et de la simplicité du principe lui-même. On ne songe pas à le perfectionner : le droit byzantin. — La doctrine de la tradition corporelle dans Pothier : la tradition est requise comme marque d'un dessaisissement de fait complet. Comment se rattache à cette idée, en matière de transfert des créances, la signification au débiteur cédé. Triomphe complet du droit romain sur le droit germain, pour toute la France par l'effet de l'unification révolutionnaire. Mais le principe de la tradition réelle reste en vigueur jusqu'en 1804.

*Le Code Napoléon.* — Origines de l'innovation. Grotius en a l'idée dès le début du XVII<sup>e</sup> siècle. Rappel de la doctrine du Code sur les effets contractuels de l'acte de disposition : la propriété définitivement acquise à l'acheteur. Mais il déclare expressément que c'est seulement « à l'égard du vendeur ». Ce n'est donc pas encore le droit réel. Ce droit réel, le Code l'a-t-il reconnu à l'acheteur de par le seul effet du contrat ? Intérêt pratique qui a suscité la question : l'action réelle née du *jus in re* ne s'intente pas selon les mêmes règles de compétence territoriale que l'*actio ad rem in personam*. Dissidences nombreuses sur la question. Discussion des divers systèmes. Impossibilité de nier le principe de l'action réelle en présence de la déclaration de Portalis sur la fiction de tradition contenue dans le contrat. Rapprochement avec la fiction d'usucapion établie par le préteur Publicius. Appréciation du principe même de cette innovation. Jugement sévère de M. Huc. Il n'est pas absolument fondé.

## SECTION I. — Idée préliminaire sur cette évolution.

Quelles raisons morales, quelle préoccupation pratique a conduit les sociétés à instituer, outre les droits et actions de personne à personne, droits de créance ou droits à des choses déterminées *in specie*, cette investiture réelle qui est le *jus in re*? Pourquoi ce *durcissement* introduit dans la matière flottante des négociations personnelles des individus? Pourquoi ne pas laisser dans sa fluidité le droit aux choses consistant en *tituli*? Pourquoi cet élément d'inertie introduit dans le mouvement des droits réels? Une même raison vaut pour tous les temps et pour tous les pays : c'est que l'individu, surtout aux premiers temps de l'état civilisé, éprouve instinctivement le besoin d'une certitude plus grande pour les propriétés qui lui sont les plus précieuses. La fluidité du droit des obligations personnelles lui inspire plutôt de l'effroi. Il ne peut se contenter de l'idée que la propriété de telle chose lui est légitimement *due* et qu'il a un *titulus* privé pour se faire maintenir en possession de cette chose. Il lui faut une certitude plus grande : il faut que la propriété soit *sur sa tête* ; il faut que la collectivité, la loi le reconnaissent personnellement et immédiatement comme propriétaire ; il faut en un mot qu'il soit légalement *investi*.

Ce souci de formalisme, cette méfiance à l'égard des droits de nature simplement intellectuelle ou *dynamique*, s'accroît en raison directe de l'ignorance. Il est facile de la constater chez les paysans. Les peuples primitifs multiplient les formalités destinées à certifier la propriété des choses. Au contraire, l'esprit commercialiste consiste dans la tendance contraire. Il se caractérise par la confiance dans *les titres*, sans faire intervenir l'investiture légale. Celle-ci est l'élément *tar-digrade* dans le droit. Le commerce va trop vite pour qu'elle



puisse suivre ses mouvements parfois vertigineux. Les négociations se bâtissent sur les conventions officieuses, sur des propriétés officieuses. Les *tituli* s'entassent, se mêlent et ce n'est qu'après longtemps qu'on procède à la liquidation, à la constitution du droit réel.

Ainsi, les civilisations primitives devaient se préoccuper d'une manière particulière du droit réel, tandis que les civilisations perfectionnées comme les nôtres devaient reléguer au second plan cette préoccupation formaliste et se contenter du jeu des titres d'acquisition. C'est ce qui explique l'espèce de liquéfaction de ce droit réel, autrefois si solide, qui marque notre système juridique du Code Napoléon, liquéfaction si profonde que, ainsi que nous le verrons, on est obligé d'appeler l'histoire à son secours pour y retrouver sa trace. On pourrait à la rigueur ignorer absolument le *jus in re*. En pratique, même, il n'en est presque jamais question. On appelle droit réel un droit sur une chose fondé *sur un titre à la chose*, c'est-à-dire ce qui, selon la terminologie vraie, est un *jus ad rem*. Le *jus in re*, s'il n'a pas disparu, s'est dilué très profondément. Il imprègne seulement les *jura ad res* fondés sur des *tituli*. C'est un concept qui s'est brisé, liquéfié même, dans ce siècle où tant d'autres formes de pensée se sont aussi brisées, liquéfiées et fusionnées ! Aussi notre analyse ne doit pas laisser, nous le craignons, de paraître bien pédante et bien scolastique. Mais la géométrie se laisse-t-elle rebuter par le reproche de pédantisme ? Les concepts, nous l'avons dit, se transforment à l'infini, mais ne meurent jamais.

Les préoccupations de certitude qui ont motivé la constitution très solide du *jus in re* dans les sociétés primitives ont aussi réglé l'étendue d'application de ce droit. Tous les biens n'ont pas, même pour les esprits étroits des peuples primitifs, une valeur ni une importance suffisantes pour motiver

une investiture spéciale. Dans toute société, une division s'opère entre deux genres de biens : ceux dont la possession est vile, abandonnée au courant des négociations, et ceux qui forment les bases de la richesse individuelle ou familiale. On pourrait dire que ceux-là sont à ceux-ci comme la *menue monnaie de poche* est aux *capitaux* que nous possédons au soleil ou en portefeuille. Pour ces richesses qui sont, dans la vie économique, comme la menue monnaie de consommation courante, on ne songe pas à créer un *jus in re* avec droit de suite. Ces choses « n'ont pas de suite » ; pour elles la possession actuelle vaut titre : les seules règles qui les régissent sont les conventions personnelles de donner ou de livrer. On ne peut les revendiquer qu'en vertu d'un titre spécial contre le détenteur : *la pure revendication fondée sur la possession antérieure* ne suffit pas, sauf le cas de perte ou de vol. Il faut toujours mettre en avant le titre *ad rem*. Au contraire, pour les choses qui constituent les bases du patrimoine, le droit de propriété s'alourdit, se fige en *jus in re*. Celui qui est investi peut suivre sa chose, en vertu de son seul droit de défense et sans faire valoir un titre spécial. La protection possessoire existe pour ces choses : elle n'existe pas pour les autres.

Ces idées ne sont ici esquissées que pour préparer les applications qui en seront faites dans les pages suivantes. Elles dominent toute la matière du *jus in re*. Il semble que les mouvements de la vie économique et commerciale produisent le même résultat, pour les richesses diverses, que produit, dans un récipient plein de grains de sable d'inégale grosseur, l'agitation de ce récipient. Les grains les plus ténus, passant à travers les plus gros, tombent au fond et les plus gros restent finalement seuls visibles. De même, dans la pratique de la vie, s'opère la séparation des biens au point de vue de leur importance juridique.

Cette séparation s'opère d'ailleurs d'une manière très diverse quant aux objets qu'elle sépare, selon les milieux. Il est cependant une richesse qui, par sa nature même, est prédestinée, dans les sociétés médiocrement civilisées, à jouer un rôle prépondérant. Cette richesse, c'est la *terre*. Tout vient d'elle ; tout, hélas ! y retourne. L'homme emprunte d'elle sa subsistance ; il y ensevelit ses plus chers souvenirs. Il s'attache à elle par des liens de nature presque organique. Nul ne peut se passer d'un coin de terre pour y vivre et y mourir. Dans les idées antiques, l'homme sans foyer, sans tombeau familial, était un maudit des dieux. La terre aujourd'hui a perdu de cette importance. Elle s'est confondue davantage avec les choses mobilières ; elle est entrée dans le mouvement commercial. Aussi a-t-elle entraîné avec elle la liquéfaction du droit réel dont le droit foncier était le type : cette cause a contribué beaucoup à la transformation juridique dont nous avons parlé. Tout s'est mobilisé, le sol et les immeubles eux-mêmes. Tout est entré dans le torrent des négociations personnelles où seuls les « tituli » règlent les procès.

Outre la terre, dans chaque société, les objets d'investiture réelle sont les choses dont cette société se sert particulièrement pour progresser. A Rome, les *res Mancipi* (nous verrons la raison de cette dénomination appliquée aux objets de cette catégorie) comprenaient, outre les fonds de terre et les maisons, les esclaves, les animaux de labour une fois domptés. Les *res nec Mancipi* comprenaient les choses de la consommation courante, ou les objets de pure fantaisie. Les éléphants étaient *res nec Mancipi*. Les *res nec Mancipi* ne faisaient que dans des cas exceptionnels l'objet d'un enseignement spécial : c'était lorsque le propriétaire voulait en asseoir la propriété sur sa tête d'une manière particulière-

ment solennelle. Telles ces fameuses perles dont Pline raconte qu'elles se mancipient comme des domaines, *in mancipatum veniunt* (Pline, *Histoire naturelle*, IX, 35, *in fine*). Dans notre ancienne France, c'étaient d'une manière générale les *meubles* qui étaient réputés objets de consommation courante. *Res mobilis, res vilis*. La revendication possessoire n'existe pas en matière mobilière : il faut des titres (obligation contractuelle, quasi-contractuelle ou délictuelle) pour réclamer un meuble à autrui, sauf le cas de perte ou de vol.

## SECTION II. — Le droit romain et le dominium legitimum.

Pourquoi cette étude historique commence-t-elle par le droit romain ? N'y a-t-il pas eu des législations plus anciennes qui pourraient servir aussi à « illustrer » notre analyse ? Il est certain que les Romains n'ont nullement introduit dans l'humanité l'idée du droit et qu'ils n'en ont aucunement le monopole ; mais, s'ils n'ont pas inventé le droit, du moins le droit a pris chez ce peuple une conscience de lui-même incomparablement plus nette que partout ailleurs. Les concepts juridiques apparaissent, dans les écrits des jurisconsultes romains, avec une netteté parfaite. Le droit romain est le miroir fidèle du développement juridique, non seulement du peuple qui pratiqua ce droit, mais du développement juridique *in abstracto*. La raison humaine, à ses commencements, procède selon des formes très semblables les unes aux autres : le droit romain est la raison législative *écrite*. C'est Leibnitz lui-même qui nous autorise à prendre ainsi le droit romain comme type philosophique du droit en général. Dans une lettre à Hestner, le grand mathématicien s'exprime ainsi : « *Dixi sæpius post scripta Geometrarum, ni-*

*hil exstare quod vi ac subtilitate cum Romanorum jureconsultorum scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis !..... Nec uspiam juris naturalis præclare exculi uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ex majorum traditis, sive ob leges novas, ipsæ consequentiæ ex nova hypothesi æternis rectæ rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio nec minore firmitate deducuntur.* NEC TAM SÆPE A RATIONE ABITUR QUAM VULGO VIDETUR ». Nous n'aurions pu mieux nous préparer que par la lecture de ce magnifique éloge à l'étude de cette législation et de ces merveilleux écrits des prudents auxquels nous devons, osons le dire, personnellement, les plus douces satisfactions de notre vie intellectuelle.

Il ne sera pourtant pas inutile, pour mettre en relief la netteté même du droit romain, de montrer au préalable ce qui correspond, dans le livre le plus vénérable de l'antiquité, dans la Bible, à l'investiture réelle. Un texte s'y rencontre qui est très propre à nous préparer pour les analyses plus précises du droit romain, en mettant sous nos yeux l'état embryonnaire et enveloppé avant l'état d'épanouissement complet. C'est dans la Genèse (chapitre 23, verset 15). Il s'agit de l'achat par Abraham d'un lieu de sépulture pour son épouse Sarah. Le patriarche va, l'âme pénétrée de douleur, trouver Ephron pour lui demander un coin de son champ. Le prix est fixé en *présence des membres de la tribu*. Abraham paie ce prix et après le paiement se passe la solennité de l'investiture. « Le champ d'Ephron qui était dans le pays de Machpelah, autrefois appelé Manré, le champ avec le caveau qui s'y trouvait et les arbres du champ, avec ceux qui le bordaient, *furent certifiés comme propriété d'Abraham* en présence des enfants de Heth, devant tous ceux qui arrivaient, à la porte de la ville ». Après le premier acte, l'accord sur



le prix, il n'y avait qu'une obligation de livrer moyennant ce prix, obligation officiellement constatée par les fils de Heth. Le second acte, l'ensaisinement, donne un droit *personnel* et *immédiat* à Abraham *sur le champ* qu'il a acquis. Cet acte consiste dans une notification officielle à la collectivité pour lui faire connaître que la terre change de tête. C'est le *firmare* dont parle Grimm. La cérémonie a, paraît-il, encore lieu dans certaines villes d'Orient pour les acquisitions immobilières dans les mêmes formes que celles qui sont mentionnées dans la Genèse. Nous trouverons une forme semblable d'investiture dans notre ancienne France, en Bretagne : les *appropriances par bannies* (V. la théorie de ces appropriations dans l'étude de M. Planiol. *Nouvelle Revue historique de droit*, année 1890, p. 433 et suiv.). Pour ce qui est de la coutume hébraïque, nous ne pouvons préciser le degré de « Légalité » que comportait « l'appropriance » dont parle la Genèse. L'investiture faite avec ces formalités dessaisissait-elle et dépouillait-elle tout autre ayant droit ? ou n'était-elle faite que sous réserve des titres contraires ? Ces questions qu'on pourra essayer de résoudre pour le droit romain ou le droit germanique restent ici en suspens. Simple saisine provisoire ou saisine absolue ? nous ne pouvons préciser ce concept.

En droit romain, les formes d'acquisition et les effets du *dominium legitimum* sont au contraire parfaitement définis. Les solutions de détail s'y rattachent étroitement à un petit nombre de principes fondamentaux, si étroitement que, comme l'a dit Summer Maine dans un remarquable essai sur le droit romain, « lorsqu'on s'est entièrement pénétré de ces conceptions fondamentales, on saisit le reste avec une facilité surprenante, avec une aisance qui en rend presque l'étude un simple jeu d'enfant ». Une fois que l'on connaît les éléments requis pour l'investiture de la propriété, il faut poursuivre

rigoureusement les conséquences de ces principes ; les bizarreries apparentes apparaîtront comme des nécessités de la logique.

Le principe du droit romain primitif est que *seul* le *dominus legitimus* a le *jus in re* et l'*actio in rem*, mais qu'il les a *toujours*. Principe d'une farouche simplicité ! Il suppose des modes d'investiture bien définis, des formes d'acquisition dont la solennité soit de nature à faire contraste avec le flot toujours ondoyant des volontés humaines. Le droit romain eut ces solennités et il les institua avec des formes profondément significatives. Nous les examinerons, en commençant par celles qui ont un caractère plus archaïque, pour nous acheminer peu à peu à celles qui sont le produit d'une civilisation plus hardie.

La plus ancienne forme et la plus simple de l'ensaisinement, c'est la possession prolongée (1). Les premières propriétés qui sont à l'origine des formations de peuples n'ont d'autre garantie que celle-là. Mais nous n'avons pas à nous occuper de ces cas d'ensaisinement. Nous ne parlons pas de l'ensaisinement en général, mais de celui qui est consécutif à un déplacement *volontaire* de la propriété, de l'ensaisinement à titre dérivé : cela exclut les modes qui ne supposent pas un contrat préalable d'aliénation. Nous étudierons sans doute l'*usucapio*, mais au point de vue d'un de ses rôles accidentels, c'est-à-dire comme venant ensaisiner un *acquéreur contractuel*. Notre sujet exclut aussi pour les mêmes raisons l'ensaisinement par attribution officielle du butin, par la *venditio sub corona* qui est, selon certains auteurs, la source primitive de toute propriété à Rome.

(1) *Adjectio dominii per continuationem possessionis*. 3. Dig., 41, 3. L'expression *adjectio* est ici très significative à notre point de vue : le *dominium legitimum* vient se *superposer* automatiquement à la possession.

Une forme véritable de *transfert contractuel* c'est le transfert *coram populo*, c'est-à-dire avec la sanction de la collectivité officiellement rassemblée.

La constitution des sociétés primitives l'amène naturellement. Puisque, en effet, le droit réel se fonde sur l'opinion officielle de la collectivité, il est naturel que l'on avertisse directement la collectivité des déplacements à opérer, qu'on sollicite d'elle une investiture directe au profit du nouveau propriétaire avec le consentement de celui qui veut cesser de l'être. Une loi spéciale fait l'office de *modus acquirendi* : le nouvel investi est bien à *la lettre dominus legitimus*. Pourtant le droit romain ne nous présente pas ce mode de transfert comme mode *de droit commun*. Peut-être a-t-il existé sans se vulgariser suffisamment pour prendre une place dans la doctrine ! Peut-être les circonstances ne lui ont-elles pas permis de se constituer ! C'est un mode que l'on peut appeler « coûteux » au point de vue de la dépense de temps qu'il exige. Nous le voyons cependant fonctionner aux temps historiques pour une catégorie très importante de transferts volontaires, les transferts *à cause de mort*. Pour les transferts entre vifs, on employa des simplifications de cette solennité.

La première forme du testament à Rome fut le testament public officiellement communiqué aux comices, si c'était en temps de paix, à l'armée rangée en bataille, si le testament était fait durant une expédition militaire : « Testamentorum » genera initio duo fuerunt : nam aut *calatis comitiis* testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis » faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est quum » belli causa arma sumebant : procinctus est enim expeditus » et armatus exercitus : alterum itaque in pace et in otio faciebant ; alterum in proelium exituri ». Gaius, II, 101. On a beaucoup discuté sur le rôle exact du peuple dans cette so-

lennité. Certains expliquent sa présence en supposant, comme droit commun, l'incapacité de disposer à cause de mort ; d'où il suivrait que tout testament aurait été l'objet d'une faveur expresse du peuple accordée après délibération. D'autres n'attribuent au peuple rassemblé que le rôle de *témoin auriculaire*. Nous nous plaçons à un autre point de vue. Le droit de disposer à cause de mort est aussi naturel que celui de disposer entre vifs. Le droit de propriété une fois admis les implique également et confusément l'un et l'autre. Or toujours les Romains ne nous présentent le droit du *paterfamilias* que comme absolu. Ce n'est que par des expédients qu'on arriva par la suite à corriger ce que ce droit avait d'excessif en certains cas (1). Il ne faut donc pas introduire dans ce système bien défini, fondé sur l'autorité absolue du propriétaire, des éléments empruntés à d'autres systèmes de propriété qui peuvent avoir existé antérieurement ou postérieurement, là ou ailleurs. C'est seulement au cas où serait démontrée l'impossibilité d'expliquer par le principe même du système individualiste certaines particularités de sa technique qu'il serait permis de recourir à des raisons extrinsèques, à des *survivances*. Or ce n'est pas le cas dans l'espèce du testament comitial. Les règles du droit romain sur les transferts *entre vifs* nous montrent la nécessité, à côté de la manifestation de volonté, d'un *modus solennel* destiné à opérer investiture. Ce « *modus* »

(1) En annulant, par exemple, pour insanité d'esprit un testament heurtant trop violemment les devoirs de famille. Les dispositions restrictives de la liberté testamentaire que cite, entre autres, Fustel de Coulanges, dans la *Cité antique*, p. 87, pour faire considérer le testament comme un fait postérieur, sont au contraire des limitations introduites *à posteriori* pour corriger dans un sens plus socialiste les inconvénients de l'individualisme primitif. En toutes matières, l'individualisme est l'état spontané, le socialisme est le progrès postérieur. Il est amené par la conscience plus nette que la société prend de ses besoins généraux ; cette conscience ne vient qu'avec le temps et la pratique de la vie sociale.

est nécessaire aussi pour les transferts à *cause de mort*. Il a seulement pour ceux-ci, à l'origine, parce qu'ils sont plus rares, un caractère particulier de solennité, qu'il perdra d'ailleurs dans la suite pour devenir semblable aux modes d'investiture usités en matière de transferts entre vifs. L'assemblée populaire a donc pour fonction, dans le testament comitial, de *saisir* le ou les bénéficiaires des institutions ou des legs *per vindicationem* contenus dans le testament, de les saisir d'un droit réel de succession, en vertu duquel ils pourront, dès le décès et si le testateur ne fait révoquer officiellement cette investiture, comme il en a le pouvoir, *revendiquer comme leur appartenant* (*ut suas*) la chose, les choses ou l'*universitas juris* dont ils sont gratifiés. Le légataire ne pourra, il est vrai, intenter la *rei vindicatio* qu'à la condition seulement que l'héritier appelé à l'*universitas* accepte le rôle auquel il est appelé de continuateur de la personne, car le patrimoine ne peut se passer de ce liquidateur et selon les intentions mêmes du *de cujus* les legs sont subordonnés à son acceptation. La disposition principale, indispensable aux yeux d'un Romain, *caput et fundamentum totius testamenti*, c'est celle qui règle la *tutela rei*, la continuation ou au moins la liquidation régulière du patrimoine. Tout règlement sur le sort des biens est relatif à un ou plusieurs héritiers institués (1). Mais, sous la réserve de ces règles qui ne sont que l'interprétation des mœurs alors régnautes, le légataire *per vindicationem* est saisi au même

(1) Nous pourrions montrer, si cela ne nous éloignait trop de l'objet spécial de nos recherches, que la fameuse règle *Nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest* n'est autre chose qu'une présomption de volonté déduite de considérations analogues à celles que nous indiquons au texte. Il en est de même de la règle catonienne : elle est le résultat d'une analyse psychologique faite par les prudents conformément aux mœurs régnautes, — mœurs aujourd'hui modifiées et qui semblent contredire une règle, faite en effet pour d'autres idées.



titre que nous verrons être saisi l'acquéreur entre vifs d'une chose, à la suite d'une *cessio in jure* ou d'une *mancipatio solennelle*. Il peut se défendre *dans* sa chose ; il peut se la faire rendre par quiconque s'en est emparé, la *vindicare*. Le mort a saisi le vif, son hoir et son légataire solennellement investis.

Cette forme d'ensaisinement, coûteuse, comme nous l'avons dit, devait être remplacée, même pour l'usage, en somme pourtant exceptionnel, des testaments, par une forme plus expéditive. Le testament fut ramené à la forme commune des ensaisinements à titre dérivé, celle des *ventes*. C'est maintenant de cette forme commune que nous allons parler.

S'il fallait désigner parmi les institutions fondamentales du droit romain celle qui, à la fois par le pittoresque de ses formes et par le nombre de ses applications, mériterait d'être placée comme frontispice en avant de toutes les autres, incontestablement il faudrait citer la *mancipatio per æs et libram*. Cette petite cérémonie qui se passe devant les cinq témoins et le *libripens* avec sa balance, l'acquéreur affirmant son acquisition et faisant sonner le métal puis le remettant au vendeur (1), est la vraie signature du droit romain. C'est le mode le plus usuel de déplacement du *jus in re*. « Ce qui est à toi, dit Varron, dans les conseils pratiques sur le droit usuel contenus dans son *De Re rustica* (2), ne peut devenir mien que par l'effet d'une formalité intermédiaire » (Quod

(1) Gaius, I, 119.

(2) *De Re rustica*, II, 2, 10. On a soutenu que la *mancipatio per æs et libram* devant cinq témoins est un simple diminutif de la *mancipatio coram populo*. Les cinq classes auraient été remplacées par les cinq *classici testes*. V. Böcking, *Pandekten*, II, § 46, note 19. C'est peut-être un peu artificiel. La *mancipatio per æs et libram* doit être plus vieille que la cité romaine.

tuum est id ut fiat meum *necesse est aliquid intercedere*); et quand il énumère les modes d'acquisition du *dominium legitimum*, c'est, après l'addition d'hérédité (si hereditatem justam adiit), la *mancipatio* solennelle (si, ut debuit mancipio ab eo accepit a quo jure civili potuit) qu'il cite (1).

La *mancipatio* est une *formalité qu'accomplit l'acquéreur pour se faire investir en son propre nom du droit officieux de délivrance qu'il tient du contrat*. Les termes mêmes rapportés par Gaius confirment complètement cette manière de définir l'esprit de la cérémonie. La *mancipatio* n'est pas la vente ; elle est une formalité d'ensaisinement consécutive à la vente. Le vendeur se tait ; le principal acteur, c'est le *mancipans*, c'est-à-dire celui qui *saisit* la chose matériellement et *s'en fait saisir* juridiquement (*Manu capere* a ce double sens : *manus* signifie à la fois main et puissance). Il invoque un contrat préexistant. La chose est déjà sienne, quand il en *avertit* les Quirites présents : « Hunc ego hominem ea jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra ». Sans doute Gaius a dit que la *mancipatio* est « *imaginaria quædam venditio* » ; mais son assertion s'explique très bien sans contredire notre manière de voir. Si l'on prend, en effet, l'ensemble de la formalité, c'est bien une fiction de vente. L'acheteur ne pourrait affirmer que la chose est sienne et en payer solennellement le prix, si un contrat n'était au préalable intervenu entre le vendeur et lui pour fixer les conditions de l'acquisition. Donc l'expression de Gaius exprime bien d'une manière générale l'essence de la formalité. Mais, pour nous qui examinons cette institution à un point de vue particulier, il ne serait pas exact de confondre la *mancipatio* avec la *venditio*.

(1) Ulpien la met au premier rang au Ch. XIX, § 2 de ses Règles. « *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.* »

Le langage même y répugne : *mancipatio* (manu capere), c'est l'acte de *celui qui acquiert* ; *venditio* (de *venum-dare*, donner en jouissance), c'est l'acte de *celui qui aliène*. Si l'on veut parler exactement, il ne faut pas définir l'un par l'autre deux actes dont l'un est l'inverse de l'autre ; il ne faut pas définir la *mancipatio* par la *venditio*.

Le vrai rôle de la *mancipatio per æs et libram* est de *perseverare dominium legitimum*, comme le dit Varron. C'est, selon les expressions déjà citées de Grimm, le « *firmare* » de l'acte. Elle investit l'acheteur du *dominium ex jure Quiritium* sur la chose ; mais la première et la plus importante phase du contrat a précédé. Varron nous révèle, avec une netteté parfaite, l'ensemble de l'opération dont la *mancipatio* solennelle est seulement l'épilogue. D'abord les pourparlers préparatoires. Les volontés se cherchent, se tâtent, en quelque sorte. Quand elles croient concorder, c'est le moment de transformer la négociation en contrat définitif. Varron nous donne l'*antiqua formula* qui sert à cet usage. L'*emptor* dit à l'autre (en parlant, dans l'espèce, de brebis) : *Tanti sunt mihi emptæ* ? Le vendeur répond : *Sunt*. Celui-ci dès lors est lié : il ne peut refuser la chose si le prix lui est payé ou promis régulièrement. C'est à l'acheteur de payer ainsi ou de promettre (*Expromisit nummos*). Après quoi viennent les stipulations accessoires que fait cet acheteur sur les vices de la marchandise, sur les garanties dues, etc. *Emptor stipulatur prisca sic formula*: *Illasce oves, quâ de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum* (ici énumération des vices rédhibitoires) *habere recteque licere, hæc sit recte fieri spondesne* ? Il faut ensuite compter les bêtes vendues. Ce n'est qu'après cette opération que l'objet de la vente est bien spécialisé et les risques précisés. *Quum id factum est, tamen grex dominum non mutant, nisi si est adnumeratum*. Dès lors le contrat, en tant que fait généra-

teur de rapports officieux de droit, est complet. On peut s'en tenir là. Il est probable qu'on négligeait souvent la formalité de l'investiture, même avant la création des moyens préto-riens que nous verrons destinés à y suppléer. Exceptionnellement pourtant et quand il s'agissait d'objets importants, l'acquéreur se faisait investir, et c'est pourquoi Varron a soin de dire : *In emptionibus sex fere res dominium legitimum perficiunt....* La *mancipatio* solennelle est, nous le savons, du nombre. Il est important de noter que c'est seulement à propos de la vente des esclaves que Varron fait cette observation supplémentaire.

L'effet de la prise de possession solennelle, *mancipatio per æs et libram coram testibus*, est de saisir le *mancipans*, c'est-à-dire l'acquéreur, du *dominium legitimum* sur la chose. Préalablement à la *mancipatio* ainsi accomplie, il a l'*action du contrat*, action toute relative fondée sur la seule obligation de livrer, *actio ex empto* ou *ex stipulatu*, pour obtenir la *vacua possessio* ou même pour obtenir la *datio* solennelle (*mancipio datio*). Gaius, IV, 131. Après, il a la *reivindicatio*.

Cette forme d'investiture eut, en droit romain, de nombreuses applications. Toutes les fois qu'on voulait réaliser l'ensaisinement *d'un droit quelconque*, même d'un droit autre que le *dominium* pur et simple, on employait la *mancipatio per æs et libram*. Le titulaire était saisi. Mais, avec des paroles appropriées, on précisait la portée du droit concédé. L'expression générale pour désigner les actes ou l'ensaisinement est ainsi opéré, c'est : *quod per æs et libram geritur*. L'*æs* et la *libra*, avec les témoins, furent employés pour les transferts à *titre gratuit* (*mancipatio donationis causa*). Le paiement du prix contenu dans la cérémonie était en contradiction avec l'intention libérale qui inspirait le transfert ; mais les formes étaient figées en un cérémonial immuable. En

les employant, les parties n'avaient d'autre désir que d'appliquer l'estampille officielle sur leur acte de disposition (1). La législation de ces temps primitifs, trop pauvre, n'avait qu'un seul type d'estampille, c'était l'estampille faite pour les ventes : à défaut d'autres, on appliquait la même sur tous les actes, quoiqu'ils ne fussent pas des ventes. Il suffisait que l'effet poursuivi, l'ensaisinement, fût atteint. Pour remédier aux inconvénients qu'aurait pu présenter en pratique cette extension irrationnelle commandée par la pauvreté du matériel juridique, la loi des XII Tables eut soin de déclarer que les réserves faites expressément au moment de l'apposition de l'estampille feraient loi pour les parties : *Quum Mancipium faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Il était ainsi possible de graduer selon l'intention des parties l'effet de la *mancipatio* et de rendre l'ensaisinement adéquat aux volontés. C'était le commencement de ce long progrès auquel nous allons assister et qui consiste dans l'assouplissement, la spiritualisation du système des *adquisitiones* réelles.

La *mancipatio per æs et libram* fut employée à saisir le mari de la puissance conjugale sur sa femme, de la *manus*, ou à l'en dessaisir, à dessaisir le *paterfamilias* de sa *potes-tas* sur ses enfants et à saisir un tiers de cette même puis-

(1) Justinien supprima dans les donations les paroles superflues qui étaient le résultat de l'application au transfert à titre gratuit du *modus acquirendi* appartenant au transfert à titre onéreux. « Verba superflua quæ in donationibus poni solebant, id est sestercii, nummi... penitus esse rejicienda censemus. Quid enim verbis opus est quæ rerum effectus nullus sequitur?... Si quisquam per verbositatem aliquid tale inscripserit sive remiserit, nulla differentia sit ». C'est ainsi que l'enfant devenu assez fort pour marcher seul méprise les brassières qui soutinrent ses premiers pas ! Justinien a ainsi, dans presque toutes les parties du droit, supprimé impitoyablement les vieux débris d'échafaudages qui encombraient l'édifice du droit spiritualiste, mais qui attestaient combien la construction en avait été longue, lente et pénible, échafauds sur échafauds.

(2) Festus, V° *Nuncupata*.



sance. Cette application de la *mancipatio per æs et libram* au droit des personnes fut très fréquente à Rome. C'est à propos de ce droit des personnes que Gaius, au Commentaire premier, décrit les formes de l'opération, description qu'on chercherait plutôt dans la partie de ses Institutes consacrée au droit des choses. Cette application de la *mancipatio* à cette matière a beaucoup contribué à donner au droit romain des personnes une réputation de rudesse et même de barbarie qu'il ne mérite qu'à demi. Les personnes étaient vendues ! elles étaient l'objet de revendications ! quel affront pour la dignité humaine ! On reviendrait un peu sur ce jugement si l'on pensait, ce que nous croyons être la vérité, que ces mancipations avaient été appliquées à cette matière uniquement parce que la technique juridique ne fournissait pas d'autres moyens, sauf la *cessio in jure* dont nous parlerons, pour saisir une personne d'un droit. On employa les formalités faites pour d'autres rapports de droit parce qu'on n'osait pas, ou peut-être parce qu'on ne le croyait pas utile, faire la dépense d'une formalité spécialement destinée à opérer l'ensaisinement de chaque nouvelle forme de droit. Peut-être aussi les formes spéciales à chaque droit tombèrent-elles en désuétude parce qu'elles étaient trop compliquées et les remplaça-t-on, à titre d'expédient plus simple, par la solennité déjà consacrée pour la vente, parce qu'elle était plus rapide. Le testament avait, nous le savons, sa forme propre : elle fut remplacée par l'investiture propre de la vente parce que celle-ci était beaucoup mieux à portée. L'acquisition de la puissance paternelle sur un *paterfamilias* s'opérait encore aux temps historiques selon une formalité *sui generis*, l'*adrogatio*, tandis que l'*adoptio* plus fréquente se réalisait par un simulacre de *mancipatio* (1).

(1) L'acquisition de la puissance maritale et des droits résultant du mariage s'opérait aussi dans les premiers temps par une formalité spéciale-

La *mancipatio per æs et libram* fut peut-être ainsi détournée, toujours à titre d'expédient commode suggéré par les jurisprudents, de sa véritable destination pour être employée aux usages les plus divers. Le *libripens* et les cinq témoins étaient faits pour l'usage du commerce à titre onéreux des choses mobilières ; il fallait la présence de chose transférée ; mais le public sut exploiter cette facilité qui lui était donnée. En raturant un peu les formules, le sceau officiel du commerce servit bientôt pour tous les actes. A tous il donna la sanction suprême, la *rei vindicatio* fondée sur le *jus Quiritium*. C'était déjà la commercialisation du droit civil !

La nature du sceau, grâce aux *verba adjecta*, ne préjudiciait en rien au fond même des volontés. Voulait-on constituer un gage, c'est-à-dire donner à un créancier le droit de retenir une chose en sa possession tant qu'il ne serait pas payé ? (1) C'était un droit *sui generis* qui n'avait pas une forme d'ensaisinement spécialement consacrée. C'est plus tard seulement que le prêteur attachera à la convention de gage, indépendamment de la remise réelle de la possession et indépendamment à *fortiori* de la *mancipatio* solennelle, un certain

ment adaptée à ce but et très significative, la *deductio in domum*, suivie de *confarreatio*. Pour affirmer sa qualité d'époux et de chef de famille, l'époux enlevait violemment la femme (symbole de son autorité), puis mangeait avec elle un morceau de pain (symbole de la vie commune qui commençait). La *coemptio per æs et libram* fut un expédient plus commode, mais sans signification symbolique exacte. Plus tard le mariage s'opérera par la *nuda traditio*, c'est-à-dire la cohabitation, et l'*usus* ; enfin, selon la marche ordinaire de l'évolution juridique, par le seul consentement. *Consensus, non concubitus facit nuptias*. Toutes ces évolutions présentent, on le voit, la plus complète symétrie.

(1) Le concept de ce droit est contenu dans ces trois vers de l'amante délaissée par Daphnis :

*Has olim exuvias mihi perfidus ille reliquit,*

*Pignora cara sui : quæ nunc ego, limine in ipso,*

*Terra, tibi mando : debent hæc pignora Daphnim !* Virg., 8<sup>e</sup> Eglogue, V. 91 et suiv.].

effet d'investiture réelle. A l'époque primitive dont nous parlons, le simple pacte n'aurait nullement affecté le droit réel du propriétaire. L'action en revendication serait restée intacte dans son patrimoine et nulle parcelle n'en aurait été communiquée au créancier gagiste. Pour donner à celui-ci l'investiture réelle de son droit, on recourut à la forme de la *mancipatio per æs et libram*. Le débiteur permettait au créancier de se saisir officiellement du droit de disposition de la chose. Le créancier acquérait le *dominium legitimum*; le droit de revendication passait sur sa tête : il était *saisi* de la chose. Mais, pour limiter aux besoins de la cause et à l'intention des parties l'effet de l'ensaisinement, il était bien spécifié par une *nuncupatio* officielle que cette vente n'était faite que pour constituer un gage. Le créancier s'engageait à faire ressaisir le débiteur quand la dette serait payée. Sa saisine n'était pas absolument semblable à celle du propriétaire : elle se limitait, quant à ses effets, au droit de rétention et au droit de suite sanctionné par une *rei vindicatio*. Le droit d'aliéner n'y était contenu que dans une mesure dont l'étendue est controversée ; il n'était pas absolu. De plus, cette saisine différait de la saisine d'un *verus dominus*, ayant véritablement acheté *per æs et libram*, en ce qu'elle était soumise à l'égard du débiteur à une *prescription plus courte* : le débiteur qui rentrait en possession de sa chose prescrivait *par un an* en tout état de cause, même pour les immeubles, contre le droit de rétention du créancier. « *Qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit (vel in jure cesserit), si eamdem ipse possiderit potest usucapere, anno scilicet, etiamsi soli sit. Quæ species usucapionis dicitur usureceptio* ». Gaius, II, 59. Donc, si le droit du créancier était un *jus in re* à cause de la *mancipatio* ajoutée à l'acte, ce *jus in re* n'était pourtant pas un droit de propriété : c'était le droit réel de gage constitué *jure civili* selon les formes ar-

chaîques. Nous verrons comment le progrès du droit amena un droit réel de gage acquis selon des modes plus perfectionnés et plus simples.

Tous les droits que la convention peut organiser dans le monde des choses purent ainsi être réalisés, c'est-à-dire, selon le processus d'objectivation déjà décrit, novés et transformés, de droits *ad rem in personam*, en droits *in re*, par la vertu de la *mancipatio per æs et libram* avec les *verba* ou les *nuncupationes* explicatives sanctionnées d'avance par la loi des XII Tables. Quel droit plus fugitif que celui du dépositaire ? Il semblait suffisant de donner au dépositaire la possession de fait, le *verus dominus* gardant les attributs du *dominium legitimum*. Pourtant il parut parfois utile de donner une action directe *in rem* au dépositaire. Il peut alors revendiquer la chose déposée, à l'encontre des tiers possesseurs et même du déposant. Il a un droit réel de *détention* opposable à tous. C'est à la *mancipatio per æs et libram*, modifiée par une *nuncupatio* spéciale, qu'on avait recours. *Fiducia contrahitur*, dit Gaius au Comm., II, § 60, *aut cum creditore, pignoris jure, aut cum amico, quo tutius nostræ res apud eum sint*. Cette saisine, dans le cas de dépôt comme dans celui de gage, s'éteignait par un an, à la différence de la saisine de propriété, dont la prescription était de *deux ans* pour les immeubles.

L'*æs* et la *libra* reçurent d'autres applications. Une des plus remarquables, avant d'arriver au testament *per æs et libram*, c'est le *nexum*. Méfiants comme tous les peuples peu civilisés, les Romains voulurent s'assurer un ensaisinement direct même pour les droits de créance. L'objet de l'ensaisinement, ce fut alors la personne physique du débiteur lui-même. Celui-ci se liait (*nectere*) et le créancier faisait officiellement constater ce droit sur la personne ainsi octroyé comme garantie de l'obligation personnelle. L'application de l'*æs* et de la

*libra* au *nexum* eut pour résultat d'établir une certaine synonymie entre les deux mots *mancipium* et *nexum* (1) : c'est une confusion peu scientifique. Le *nexum per æs et libram* est le composé de deux actes : le contrat consistant à donner sa personne en garantie, puis la constatation solennelle de ce *jus in re* (la personne joue le rôle de *res* ici) par la cérémonie ordinaire des ensaisnements, la *mancipatio per æs et libram*. L'effet de celle-ci était de donner au créancier une action *in rem* pour se défendre dans l'exercice de son droit d'exécution sur la personne. Il n'avait pas besoin de se faire reconnaître ce droit ; il en était saisi de par la *mancipatio*. Le *nexus* n'avait qu'à se soumettre et se laisser emmener en esclavage. Il ne pouvait se défendre lui-même, si la preuve du fait même du *nexum* était irréfragable. Seul un tiers, un *vindex*, pouvait contester, quant au fond, les droits du créancier. C'est bien le caractère de la saisine réelle. Elle permet de se protéger au préalable dans l'exercice du droit, car être saisi d'un droit quelconque, c'est avoir, au moins à titre provisoire, sinon à titre définitif, la faculté légale d'en exercer les prérogatives. L'appel à la justice est sans doute toujours nécessaire ; mais l'appel que formule celui qui est ensaisiné légalement ne tend purement et simplement qu'à protection ; l'appel au contraire de celui qui n'est pas ensaisiné tend à reconnaissance et attribution du droit sur la chose.

Sans insister davantage sur les « cisaillements » du droit de propriété que l'*æs* et la *libra* peuvent servir à opérer, nous nous hâtons d'arriver à leur application la plus remarquable, le testament. On a beaucoup discuté sur le sens de la *mancipatio* solennelle dans cette forme du testament romain. La nécessité de cette formalité s'explique tout naturellement,

(1) Gaius, II, 27.



si on la considère comme un succédané de l'ensaisinement *per populum*. Puisque la vente avec *mancipatio* confère un droit réel, se dit un testateur plus avisé ou le *prudent* qui le conseilla, employons-la pour saisir d'un droit réel sur mon patrimoine, et l'héritier que je choisis, et les légataires que je veux investir directement de la propriété de certains objets contenus dans mon patrimoine. C'est ce qui fut fait. L'héritier acheta fictivement du testateur la *familia* qui devait faire l'objet des dispositions testamentaires. *Familiæ emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet*. L'héritier avait sur la *familia* un droit absolument semblable au droit de celui qui achète avec *mancipatio* une chose quelconque, sauf le droit de résolution que se réservait le testateur.

Cet ensaisinement direct et exprès de l'héritier avait l'inconvénient de dévoiler avant la mort le mystère des intentions du testateur et l'héritier, ainsi certain de ses droits, pouvait bien être tenté d'en accélérer l'échéance, si la nature était par trop lente à l'amener. L'æs et la *libra* continuèrent à être employés; mais l'ensaisinement fut donné d'une manière *indirecte* et en même temps moins explicite. Le *mancipans*, c'est-à-dire l'*emptor familiæ*, n'est saisi *qu'à fin de dépôt*. Il prononce cette singulière formule que Gaius rapporte et qui montre bien les tortures qu'on dut faire subir à la *mancipatio-vente* pour l'adapter, sans lui faire perdre son énergie, aux autres genres de contrat : « *Familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc ære æneaque libra esto mihi empti* ». Ainsi l'*emptor* n'est pas saisi de la pleine propriété, mais seulement de la *custodela* et sans aucun préjudice des dispositions que le *de cujus* peut vouloir faire *secun-*

*dum legem publicam*. Il est saisi d'un droit purement provisoire, car les actes de disposition contenus au testament peuvent être tels qu'ils réduisent finalement à néant la saisine qui lui est ainsi conférée. Cette *mancipatio* a pour effet de saisir aussi de leurs droits respectifs les bénéficiaires des libéralités que le testateur a l'intention de faire, libéralités consignées sur des tablettes qu'il montre aux témoins en disant, après que l'*emptor* a pris saisine : *Hæc ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*. Mais, comme ces bénéficiaires ne sont pas présents, leur ensaisinement n'est pas complet ; ils n'ont qu'une vocation à la saisine, ils auront besoin de faire *adition*. En attendant l'adition, la saisine du *familix emptor* soutient le patrimoine, saisine précaire, intérimaire qui empêche ce patrimoine de devenir *res nullius*, auquel cas les volontés du défunt seraient à jamais perdues, faute de lien continu entre la dernière pensée du propriétaire et l'adition du gratifié. Le transfert de propriété a besoin, en effet, du concours de deux volontés ; après la mort de l'une de ces volontés, l'autre *accourt en vain* : la chose est devenue *nullius*. La loi seule alors peut en disposer. Il faut que le vif *en mourant* saisisse le vif ; le mort ne peut rien, puisqu'il n'est plus rien. L'*emptor* qui est saisi de la *custodela* sert à assurer cette continuité. Grâce à cette saisine intermédiaire, les volontés du défunt ne tombent pas dans le néant avec lui ; elles sont perpétuées dans cette *mandatela* qui les contient toutes en puissance, *prêtes à vivifier des saisines nouvelles*, si les intéressés consentent à faire concourir leur volonté avec la volonté du défunt, victorieuse ainsi de la mort !

Telle est, croyons-nous, la véritable doctrine de ce singulier testament *per æs et libram*. Elle concorde parfaitement avec la description détaillée qu'en donne Gaius et les explica-

tions qu'il y rattache : « *Sane quæ testator specialiter in tabulis testamenti scripserit ea videtur generali sermone nominare atque confirmare* ». Il *incorpore*, en d'autres termes, ces intentions dans la saisine du *familiæ emptor*. La saisine de celui-ci semble contenir en elle-même, emboîtées, les saisines des héritiers et légataires *per vindicationem*, comme serait une boîte *fermée* contenant un plus ou moins grand nombre de boîtes *sans couvercle*. Il peut se faire que le *familiæ emptor* soit gratifié définitivement de quelques libéralités : sa saisine quant à elles est complète. Mais il peut se faire que son rôle se réduise à celui de simple véhicule des autres vocations et que sa saisine soit destinée, par le concours des appelés, à se vider complètement de tout contenu, pure enveloppe utilisée uniquement pour faire franchir à la *suprema voluntas* du défunt l'*hiatus* entre le dernier souffle et l'addition des héritiers, l'*hiatus* de la mort ! « *Olim is qui familiam testatoris mancipio accipiebat heredis loco erat* », dit Gaius formellement (II-105). Les vrais héritiers, les vrais légataires, c'est-à-dire ceux qui sont appelés par les tables, ne sont que des tiers jusqu'au moment où, le testateur mort, on ouvre la boîte fermée pour examiner ce que contient la saisine de l'*emptor*. Ils sont jusque-là des étrangers : ils peuvent servir de témoins ou de porte-balance dans l'opération. « *Ipse heres aut legatarius testis et libripens jure adhibetur* » Gaius, II, 108 (1).

(1) Cette saisine *sui generis* du *familiæ emptor* se prescrit toujours par un an et la mauvaise foi n'y fait pas obstacle. C'est que le concept de la mauvaise foi dans l'*usucapio* doit se réduire à celui de *furtum* et il n'y a pas ici *furtum*, car il n'y a pas de véritable propriétaire. V. Gaius, II-52. Mais l'*heres suus* est saisi, comme on verra, à titre de *propriétaire* : aussi son droit ne se prescrit-il plus que selon le droit commun de la propriété, ainsi que le déclare expressément la loi 2, Code, 7, 39. *Nihil pro herede posse usucapi, suis existentibus heredibus, obtinuit*. Toutes ces dispositions sont donc en complète harmonie, reliées par une logique rigoureuse.

Notre manière de présenter le testament romain concorde aussi avec les autres règles souvent bizarres que l'analyse des prudents avait extraites de son concept, les règles sur la *testamenti factio* qui sont analogues aux règles de la capacité de figurer dans une *mancipatio*, sur la forme solennelle de l'institution d'héritier, sur les conditions de validité des legs, etc. *Titius heres esto* est une formule efficace ; *Titium heredem esse volo* est une formule inefficace, parce que le langage du testateur doit être tel que sa suprême volonté ne puisse être considérée comme une simple *vellété*, un simple projet, mais comme un *acte* véritable de transfert et d'investiture. C'est aussi par la doctrine de la saisine que s'expliquent les principes en matière d'exhérédation des héritiers siens. *L'heres suus* est saisi, dès le vivant même du *pater*, d'une espèce de droit de copropriété : les textes le disent formellement : *vivo quoque parente quodammodo domini existimantur...* ; *prima causa est in successione liberorum*. Gaius, II, 157. Le *pater* a le droit de détruire cette saisine... comme il peut tuer ses fils : mais, s'il ne le fait, il a beau conférer des saisines nouvelles, *l'autre subsiste et y fait échec*. « *Qui filium in potestate habet curare debet ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet* » Gaius, II, 123. La saisine du fils étant antérieure est préférée, *prior tempore potior jure*. L'acte de disposition fait par le *pater* sans détruire la saisine du fils est nul, lors même que le fils mourrait avant l'ouverture de la succession, « *quia scilicet ab initio non constiterit institutio* », dit Gaius (1).

(1) La loi 11, Dig. 28,2 est si catégorique en faveur de notre manière de voir que nous nous permettons de la transcrire ici : « *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum admi-*



Quelque large qu'ait été le domaine d'application de la *mancipatio per æs et libram*, cette forme d'investiture ne fut pas la seule usitée dans le déplacement des droits. Large fut aussi, en effet, l'application d'une autre formalité, la *cessio in jure*, peu usitée cependant. *Plerumque et fere semper mancipationibus utimur*. Gaius, II, 25.

Cette procédure est peut-être même plus significative, au point de vue de notre thèse, que la *mancipatio* décrite ; elle met mieux en relief notre idée fondamentale, à savoir que le déplacement du *jus in re* est une œuvre sociale et non une œuvre individuelle, du moins dans les systèmes primitifs de législation. La différence entre la *cessio in jure* et la *mancipatio per æs et libram* consiste en ce que, dans le *modus adquirendi* dont nous allons parler, l'ensaisinement, au lieu de se fonder sur une *notification directe aux Quirites*, représentés par les cinq témoins, se fonde sur une décision du magistrat public qui attribue la propriété à l'acquéreur, à la suite d'un procès fictif de revendication soulevé entre ce dernier et l'aliénateur. Gaius décrit la cérémonie au commentaire II, § 24. Comme dans la *mancipatio* solennelle, c'est l'acquéreur qui joue le rôle actif. Le précédent propriétaire n'a qu'à acquiescer, à se porter *auctor* du déplacement qui s'opère. *Cedere* c'est se retirer : l'aliénateur cède la place à l'acquéreur. Celui-ci se fait inscrire comme *dominus legitimus* de la chose.

La *cessio in jure* servit à transférer les droits réels de nature purement idéale ou incorporelle auxquels il était difficile d'appliquer l'acte matériel de la *mancipatio*. Tel l'usu-

*nistrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat* ». Ce fragment, quoiqu'il contienne une terminologie à peu près identique à celle de Gaius, est extrait du traité de Paul *Ad Sabinum*. Cette manière de se représenter le droit héréditaire des *sui heredes* était donc conforme à l'esprit général du temps.



fruit, forme de droit plus artificielle que la pleine propriété. C'est moins à raison du caractère incorporel du droit qu'à raison de son essence *plus artificielle, plus savante* que la *mancipatio* ne s'y applique pas. Les servitudes prœdiales rustiques sont bien aussi incorporelles que les servitudes urbaines. Pourquoi la *mancipatio* s'y applique-t-elle et non à celles-ci ? *Jura prœdiorum urbanorum in jure tantum cedi possunt ; rusticorum vero etiam mancipari possunt*, dit formellement Gaius, II, 29. Ce n'est donc pas l'incorporalité prétendue de certains droits qui empêche d'y appliquer la *mancipatio*, c'est leur essence plus savante, plus moderne ; si l'on veut, c'est leur *moindre corporalité*. Les servitudes urbaines peuvent avoir été une création récente des magistrats chez un peuple qui avait coutume de bâtir les édifices absolument isolés, si bien que les maisons s'appelaient des îles (*insulae*). D'ailleurs tous les droits ne sont-ils pas incorporels quant à leur essence et tous ne sont-ils pas corporels quant à leur objet final ? Qu'on cite un bénéfice quelconque qui ne se termine pas dans un fait corporel et spatial ! (1)

D'ailleurs, malgré cet usage spécial de la *cessio in jure* pour les rapports de droit plus artificiels, elle pouvait, si les parties le voulaient, servir pour tous les droits auxquels la *mancipatio per æs et libram* s'appliquait. « *Quod valet mancipatio idem valet et in jure cessio* » dit Gaius, II, 23. Quant à l'ordre historique d'apparition de ces deux modes de transfert, quoique la question ait été discutée très fortement, la

(1) L'usufruit put être transféré par *traditio* après l'institution de la *Publicienne*, comme aussi les servitudes urbaines : ce qui prouve que sa nature n'y répugnait pas absolument. Loi 11, paragraphe 1, Dig., 6, 2. Entre la propriété absolue et les autres droits réels, il n'y a donc qu'une différence dans le degré de la *corporalité*. L'usufruit est *moins corporel* que le droit de propriété. Les servitudes urbaines sont *moins corporelles* que l'usufruit.

*cessio in jure* nous semble plus jeune que la *mancipatio per æs et libram*. Celle-ci a un caractère plus archaïque : celle-là suppose une société en possession d'un pouvoir exécutif pourvu d'attributions judiciaires régulières ; elle suppose le principe de l'autorité de la chose jugée bien établi, tous caractères se rapportant à un état assez avancé de civilisation. La *cessio in jure* est un expédient plus récent et plus savant que la *mancipatio*, forme primitive d'investiture : c'est l'ensaisinement judiciaire après l'ensaisinement populaire (1).

Comme la *mancipatio per æs et libram*, la *cessio in jure* fut appliquée au droit des personnes. Tite Live nous donne la date du premier emploi qui en fut fait pour la *manumissio* (Livius, II, 5).

Nous n'insisterons pas davantage sur ces modes d'investiture. La question la plus importante est en effet celle de leurs perfectionnements et nous avons hâte de suivre là le travail des siècles. Il est cependant indispensable qu'avant d'en arriver là, nous disions un mot d'un *modus acquirendi* dont le rôle supplétoire fut très important, l'*usucapio*.

Le temps est un fait générateur du *dominium legitimum*. La possession continuée peut, *sauf le cas du furtum* (2), transformer le possesseur en *dominus ex jure Quiritium*. Si

(1) Sic : Zachariæ von Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* : note 671. « Die in jure cessio ist gewiss jünger als die mancipatio ».

(2) Nous nous bornons à indiquer par cette brève réticence la position que nous prenons dans la question si controversée des conditions de l'*usucapio*. V. Esmein, *Mélanges*. « Sur l'histoire de l'*Usucapio* ». Stintzing, *Ueber dem Wesen von bona fides in der römischen Usucapionslehre*. M. Appleton a très bien montré la véritable origine du concept de la *mala fides* : le *furtum*. Mais nous ne pouvons insister sur ces questions cependant si intéressantes. On peut déduire du concept de *furtum* toutes les restrictions que subit le droit d'*usucaper*.

donc l'acquéreur n'a pas eu soin de se faire investir par *mancipatio* ou par *cessio in jure*, au bout d'un certain délai il s'opérera en sa faveur une *adfectio domini*, selon le langage des textes. « *Si tibi remmancipi neque mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias : semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium, tua res esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa esset* ». Gaius, II, 41. Les délais d'*usucapio* étaient fixés par la loi des XII Tables dans une disposition célèbre: *Usus auctoritas fundi biennium ; cæterarum rerum annuus*. La *cipio* par l'*usus* s'appliquait à tous les droits pour lesquels on avait négligé l'ensaisinement solennel. La puissance maritale sur la femme naissait par un an de cohabitation !

La saisine résultant de l'*usucapio* était plus énergique que la saisine résultant de la *mancipatio* solennelle ou de l'*in jure cessio*. En effet, par les délais d'*usucapio*, non seulement le possesseur était saisi, mais les saisines contraires étaient éteintes; c'était, si l'on peut ainsi parler, une saisine *juris et de jure*, les autres n'étant que *juris tantum*. Les témoins de la *mancipatio*, le magistrat prononçant l'addiction dans la *cessio in jure* ne garantissaient pas la *légalité* de la saisine. Les saisines antérieures pouvaient faire échec à celle-là. L'effet *extinctif*, purgatif, de l'*usus* a été admis, dit Gaius, *ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium*. C'est le même besoin de certitude que nous verrons toujours allégué comme motif principal pour justifier les systèmes garantissant la *légalité* soit de l'ensaisinement, soit de l'inscription.

Quelles étaient les conséquences de ce régime ainsi constitué ? La *rei vindicatio* n'appartenait qu'au *dominus ex jure*

*Quiritium*. Seul ce *dominus legitimus* investi par un des modes dont nous venons de parler pouvait se défendre dans la possession de la chose, la poursuivre, faire déguerpir celui qui la détenait, en un mot, *rem vindicare*. La question qui se posait dans un procès roulait uniquement sur l'ordre d'antériorité des saisines et sur le point de savoir qui était *possesseur* légal. La *litis contestatio* dans la *rei vindicatio* visait uniquement le point de savoir qui était *dominus ex jure Quiritium*. Plus tard, le préteur ordonnera aux arbitres experts d'examiner d'autres points de droit : mais ce sera un empiètement sur l'*ipsum jus*, un élargissement du droit de possession légale. De droit commun, le *judex* ne doit examiner que les prétentions appuyées sur une *investiture solennelle*. Comme Gaius le dit très énergiquement : *aut ex jure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus*. Gaius, II, 40. Alléguer devant un *judex* tout autre droit de propriété que celui résultant de la saisine légale, c'était parler en dehors de la loi, en dehors du procès pendant. *Quod extra legem, extra litem* ! Le *judex* eût faussement interprété le compromis, s'il eût fait dépendre sa décision de tels éléments, car c'est uniquement sur le droit strict que la contestation s'est engagée et c'est uniquement avec les éléments du droit strict qu'elle doit être vidée (1).

Le moment est venu d'indiquer par quelle série d'innovations de procédure le *judex* a pu faire intervenir dans la solution des difficultés qui lui étaient soumises des principes étrangers à ce droit strict. Il est remarquable en effet que ce soit par des perfectionnements de la technique en matière de procédure que se sont manifestés les progrès du droit romain

(1) Les *cautiones* pénales, stipulées entre *tradens* et *accipiens* pour le cas de revendication contraire à la convention, furent un moyen employé pour remédier à la rigueur du droit strict : mais si elles *punissaient* la revendication, elles n'y faisaient pas directement échec.

dans le sens du spiritualisme. Il y a là un travail du plus haut intérêt philosophique, accompli toujours selon les règles de la plus stricte logique, facile par suite à reconstituer dès que l'on en a saisi l'idée génératrice.

L'instrument dont le préteur romain se servit pour faire accomplir au droit ces remarquables progrès fut *la formule*.

La formule est un résumé des points essentiels du débat, qui est destiné à indiquer à l'arbitre la question de fait qu'il doit examiner et les motifs suivant lesquels il doit régler la sentence de condamnation. Les parties sont en effet allées devant le magistrat, *in jus*, pour lui soumettre leur conflit (1). Le magistrat après avoir examiné leurs prétentions délègue à un arbitre le droit de vider le différend. Les parties promettent d'en passer par la décision de ce tiers. Alors intervient *la formule*. A l'origine, le magistrat se bornait sans doute, s'il ne voulait juger lui-même, à exposer de vive voix au *judex* l'objet du différend. Gaius même, dans la description qu'il donne, au Commentaire IV, de la procédure *per sacramentum*, c'est-à-dire de la procédure par le défi et le compromis, ne parle pas de la nomination d'un arbitre. Elle était peut-être un fait anormal dans cette procédure. Au contraire, elle faisait partie intégrante de la procédure *per judicis postulationem*, dont nous ne connaissons guère malheureusement que le nom. La formule a peut-être plus directement pris naissance dans cette forme de procéder. Quoi qu'il en soit d'ailleurs, la confection de la formule devait être amenée par la nature même des choses. Il était à craindre, en effet, que le débat, devant le *judex*, ne s'égarât. La partie, dont la cause était mauvaise, ne devait pas manquer d'y tâcher, afin

(1) Toutes les fois qu'il est nécessaire de se représenter le processus d'une *lis* à Rome, le meilleur schème à se proposer, c'est le procès contre Virginie, dont Tite-Live décrit très nettement toute l'histoire.



de donner le change. Il était naturel que, pour obvier à ce danger, les plaideurs de bonne foi demandassent au magistrat de rédiger, en termes exempts de toute équivoque, les bases légales du défi et du compromis qui étaient faits devant lui. Le *judex* était ainsi enfermé dans les termes d'un dilemme précis, inéluctable, qui ne laissait guère d'issue à la mauvaise foi. C'était un grand avantage et l'on comprend que la *judicis postulatio* soit devenue le régime de droit commun. On ne s'adressait au magistrat que pour obtenir la nomination d'un arbitre, qui jouait alors *par délégation* le rôle de magistrat public et qui avait aussi, par l'acte même qui lui conférait ses pouvoirs, une mission officiellement et rigoureusement définie. Les autres formes de procéder tombèrent en désuétude et furent enfin légalement supprimées par les lois Aebutia et Julia. La procédure par nomination de *judex* resta la seule en usage (Gaius, IV, 30).

La formule commençait par la nomination du *judex*, en réponse à la *judicis postulatio*. *Judex esto*, dit le magistrat, en s'adressant à celui qu'il commet, « Sois arbitre ». Puis il indique les conditions dans lesquelles se présente le procès et les termes dans lesquels il doit être jugé. « *Si paret*, par exemple, *rem de qua agitur Auli Agerii ex jure Quiritium esse, Numerum Negidium condemna; si non paret, absolve* ». Le *judex* n'avait à se placer *qu'au point de vue du droit strict*, du *dominium ex jure Quiritium*. Il eût mal interprété le défi, origine du procès, s'il eût fondé sa décision sur autre chose que le *jus Quiritium*. Les parties, en effet, en portant leur conflit devant le représentant de ce *jus Quiritium* affirmaient leur intention d'invoquer uniquement les termes de ce droit lui-même. Ils voulaient *lege agere*, c'est-à-dire appliquer *la loi* expresse. De là le formalisme qui, au dire de Gaius, régnait dans la procédure des *legis actiones*. Si la loi avait parlé d'*ar-*

*bores*, celui qui se plaignait d'un vol de pieds de vigne devait ne parler que d'*arbores*, sous peine de *passer à côté de la loi* dont il invoquait la disposition. *Quod extra legem, extralitem* !

Le magistrat — et ce fut là le commencement d'un perfectionnement indéfini — prit sur lui, dans certains cas, de commander au *judex*, en lui fixant l'objet et les conditions du débat, des décisions fondées sur des raisons étrangères à l'*ipsum jus*. Quand telle circonstance résultait du débat qui semblait de nature, si la preuve en était fournie, à rendre particulièrement inique l'application stricte du *jus Quiritium*, le magistrat ajoutait à son alternative un tempérament spécial. « S'il appert, disait-il au juge, que la chose soit, de par le droit des Quirites, la propriété actuelle d'Aulus Agerius, *pourvu qu'il ne l'ait pas vendue à N. Negidius*, absous-le ». Grâce à cette exception apportée à la rigueur du droit, le procès était résolu selon l'équité, tandis que, sans cette exception, il la violait manifestement ; sans elle, le vendeur pouvait se faire maintenir en possession.

L'exception est donc une restriction mise aux principes du droit civil (1). Elle est destinée à *exclure* de l'application de ces principes certaines hypothèses, *ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est*. L'exception est destinée à *conditionner* la condamnation. *Exceptio est conditio*, dit la loi 22, Dig., 44,1, et c'est une condition, *quæ, modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem*. Le succès de l'*actor* subit, de par l'autorité du préteur, l'échec d'un *nisi*. *Nisi* ! c'est le mot sacramental de l'exception, la forme sous laquelle les besoins nouveaux de la conscience juridique se font jour ! Ils interviennent par l'organe du préteur entre le droit strict et le défendeur pour empêcher celui-

(1) *Omnis exceptio vel replicatio exclusoria est*, 2, 2, Dig., 4,41.

ci d'être victime. *Prætor intervenit*, disent les textes eux-mêmes (18, Dig., 44, 1).

On ne saurait mieux se faire une idée du rôle de l'exception qu'en la comparant à une question d'excuse absolutoire que poserait au jury le président de nos cours d'assises. Le jury ne peut répondre qu'aux questions qui lui sont posées. Un magistrat, qui prendrait sur lui de poser au jury une question nouvelle non prévue par la loi, remplirait le même rôle dans le droit pénal, que le préteur romain dans le droit civil. Il faudrait pourtant, pour que l'analogie fût complète, que le jury prononçât lui-même la condamnation. Le magistrat lui dirait : « S'il est constant que l'inculpé a accompli le crime qui lui est imputé et si (pour prendre un exemple d'actualité) *nulle trace de suggestion ne se rencontre dans cet acte*, condamnez-le selon la loi ». Ce *nisi* inséré dans la formule a, on le voit, pour résultat d'introduire dans le droit strict un souffle nouveau d'équité. La loi devient plus perspicace, plus adéquate à la culpabilité réelle. De même, en droit civil, on pourrait trouver des hypothèses analogues. Supposez qu'en commettant un notaire pour procéder à une liquidation pécuniaire quelconque, le tribunal règle une contestation soulevée entre deux créanciers hypothécaires dont le *premier en date est postérieur par son rang d'inscription* et que, vu la connaissance que le second avait de l'hypothèque antérieurement consentie, le tribunal veuille faire échec au droit strict en matière de concours entre créanciers hypothécaire, il pourrait (l'hypothèse est évidemment imaginaire) dire au notaire : « S'il appert que l'inscription de B soit antérieure à celle de A et si B n'a pas connu l'existence de cette hypothèque antérieure, colloquez selon la loi ». Ici encore le *Nisi* a pour effet de faire prévaloir l'équité sur la loi stricte (1).

(1) En Angleterre, dans les cas où fonctionne le jury, le juge a en ma-

Si nous considérons maintenant l'exception prétorienne dans son application spéciale à la matière qui nous occupe, c'est-à-dire à l'action en revendication, nous y reconnaitrons un moyen très efficace de faire échec aux conséquences iniques du droit strict. Le préteur pourra faire échouer la revendication contre telle circonstance de fait qui lui semblera exiger ce résultat. L'*actor* ici encore trouvera sur son chemin la pierre d'achoppement de ce *nisi*. Le résultat sera que tel détenteur, qui n'a pas le *dominium legitimum*, pourra néanmoins garder la chose (1). L'effet de l'exception équipollera ainsi, dans une certaine mesure, à celui d'un *jus in re*, mesure bien faible encore, mais digne d'être considérée, car c'est la première brèche faite à la bastille du *dominium legitimum*. Par cette brèche, sans cesse élargie, tout le spiritualisme passera.

L'insuffisance de l'exception vient de ce qu'elle n'agit qu'à l'occasion d'une action contraire. Les *jura in re* nouveaux qu'elle sanctionne ne manifestent leur énergie que d'une

tière de *Common Law* un rôle analogue à celui du préteur romain. Il définit le concept juridique de la question et le jury n'a qu'à examiner si les éléments d'application de ce concept se rencontrent en fait dans l'espèce. Le magistrat peut donc, par cette définition, faire place à tel tempérament qu'il juge équitable ; il peut, comme M. Appleton l'a dit du préteur romain, *aiguiller* le convoi dans le sens qui lui paraît le meilleur. V. Addison, *On torts*, n° 629. Broom, *Comm. on the Common Law*, 730, 1.

(1) Les exceptions dans l'*actio in rem* peuvent se fonder sur des raisons étrangères à notre matière, telles la *metus*, le *dol*. Gaius, IV, 117. Comme cas schématique d'application de l'exception en matière d'une revendication dont le succès serait inique à cause d'un acte officieux et antérieur de disposition, on peut citer le cas de la loi 23, Dig., 44, 1. *Si quis statutam in municipio ea mente posuit ut ea municipii esset et eam petere vult excludi eum oportet præscriptione in factum data*. Nous ne pouvons évidemment analyser en détail tous les cas d'application de l'exception : il nous suffit d'indiquer l'idée générale du rôle de l'exception en matière de déplacement de la propriété. A titre d'exemple, voyez encore la loi 7, pr. Dig., 7, 9.

manière incidente. L'exception n'a qu'une énergie *défensive*, si l'on peut ainsi parler. Pour qu'une jouissance soit absolument sûre, il faut non seulement ce moyen défensif, mais il faut un moyen agressif. « Res in bonis nostris habere intelligimur quotiens *possidentes exceptionem aut amittentes ad recipiendam eam actionem habemus* » dit très bien la loi 52, Dig., 41, 1. Or celui qui recevait simple tradition, *ex justa causa*, d'une chose n'avait que le moyen défensif; s'il perdait par un moyen quelconque, autre qu'un *furtum*, la chose lésée, il ne pouvait la revendiquer. La *justa causa* n'avait que l'énergie tout abstraite d'un *titulus ad adquirendum*. Le droit romain ne reconnaissait pas au *titulus* la puissance que le Code Napoléon, comme nous l'avons vu, lui attribue. Le formalisme étouffait encore le spiritualisme.

Le préteur ne songea pas à faire table rase du régime régnant, le formalisme, pour y substituer le spiritualisme; il ne proclama pas la souveraineté des *justæ causæ adquirendi*, des *tituli ad adquirendum*. Les temps n'étaient pas mûrs pour un système aussi pur, aussi élevé. Le préteur se contenta d'apporter au formalisme un perfectionnement d'une importance très considérable : ce perfectionnement consista à *donner une action in rem à celui qui a reçu simple tradition d'une chose, pourvu que ce soit ex justa causa*.

Cette innovation, dont nous indiquons d'ores et déjà le but général, présente en fait d'autres particularités profondément remarquables qui font d'elle un événement *sui generis* dans l'histoire juridique. Cette action prétorienne a une technique toute spéciale. Elle est devenue le type des *actiones in rem* du droit moderne, tandis que les actions *in rem* du droit romain archaïque ont changé de nom et sont passées à l'arrière-plan, dans l'ombre. La saisine réelle, devant cette nouvelle action pénétrée plus profondément, comme nous le



verrons, de spiritualisme, est devenue une simple saisine provisoire, une saisine possessoire et les actions fondées sur elle sont devenues de simples actions possessoires. Mais gardons-nous d'anticiper sur les explications futures. Ces considérations résulteront tout naturellement du développement de l'innovation prétorienne elle-même. Nous abordons ce développement.

La doctrine de l'action publicienne — c'est le nom de la nouvelle action *in rem* — est une des matières les plus controversées du droit romain ; aussi allons-nous serrer les textes d'autant plus près que possible. Les idées générales qui dominent les analyses précédentes nous marquent déjà la direction générale à suivre. La Publicienne a sa place toute faite dans l'ensemble du système : elle en est presque la clef de voûte. Il ne s'agit que de produire les textes et d'en tirer la confirmation qu'ils fournissent d'une manière exempte de toute équivoque. Notre interprétation ne reproduit sans doute à la lettre aucune des interprétations déjà proposées ; mais elle s'inspire de toutes et plus particulièrement de l'étude magistrale de M. Appleton sur le même sujet, parue en 1889 sous ce titre : *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, Paris, Thorin, 2 vol. Sans jurer servilement sur les paroles d'aucun de nos maîtres, *nullius jurare in verba magistri* (1), mais plein de reconnaissance pour l'appui que nous ont fourni leurs recherches, nous allons prendre pour base le titre du Digeste qui a pour objet l'action publicienne et en faire l'exégèse attentive. Ce sera le meilleur moyen de voir l'étendue d'application de la grande innovation prétorienne et d'en saisir sur le vif le mode de fonctionnement.

Par une bonne fortune très appréciable, le titre 2 du livre 6, au Digeste, sous la rubrique *De Publiciana in rem actione*,

(1) Ils seraient les premiers à nous le reprocher !

s'ouvre par le texte même de la disposition de l'édit du préteur instituant cette action. Ulpien le cite et le commente. « *Ait prætor : Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo* ».

Il est facile dès le premier coup d'œil de reconnaître l'objet essentiel de cette disposition réglementaire. L'*accipiens ex justa causa* n'avait pas, jusqu'à l'*usucapio*, d'*actio in rem*, nous le savons ; l'édit lui en promet une. Jusqu'à l'acquisition de la *civilis actio* résultant de l'*usucapio*, l'*accipiens* aura, pour rentrer en possession, une *actio honoraria*, comme la qualifie Ulpien. *Merito prætor ait « nondum usucaptum » nam si usu captum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam*.

Jusqu'ici l'idée de l'institution est claire. C'est un *modus acquirendi* nouveau qui est créé et qui consiste dans la *traditio ex justa causa*. Ce *modus* engendre une *actio in rem*. Passant par dessus le paragraphe 2 de la loi 1<sup>re</sup> et la loi 2, pr., nous trouvons tous les éclaircissements nécessaires en ce sens. *Qui justam causam traditionis habet utitur Publiciana*, dit Ulpien. Il énumère quelques-unes des causes de tradition : vente, constitution de dot, condamnation à exécuter, dette à acquitter, abandon noxal. Dans tous ces cas l'*accipiens* a, avant l'*usucapio*, l'*actio in rem honoraria*. La loi 6 fait remarquer que l'envoi en possession *ex juxta causa* par l'ordre du préteur équivaut à tradition volontaire. *Si servum ex causa noxali quia non defendebatur jussu prætoris duxero et amisero possessionem, competit mihi Publiciana*. La donation est aussi une cause efficace (7, 3, Dig., h. t.) et la Publicienne est donnée à l'*accipiens*, *etiam adversus donatorem* (1).

(1) V. encore pour la donation la loi 12, pr., h. t.

La *justa causa* peut aussi consister dans la volonté d'un tiers acheteur. *Si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita, imperator Severus rescripsit Publicianam illi dandam*, dit la loi 11, pr., h. t. Ce peut être

La loi 5 précise que la cause *putative* suffit pour constituer le *modus adquirendi* par la tradition, *sive vera causa sit, sive falsa*. La loi 7, § 2, confirme cette observation. Un *furiosus* qui fait un contrat *nihil agit*, et cependant *Marcellus libro septimo decimo Digestorum scribit eum qui a furioso ignorans eum furere emit posse usucapere; ergo et Publicianam habebit. A fortiori, si a minore quis emerit, ignorans eum minorem esse, habet Publicianam* (7, 4, h. t.).

La loi 14 contient une hypothèse confirmant cette idée. Un propriétaire a donné mandat à un *procurator* de disposer d'une chose, *rem distrahere*; mais il lui a interdit, soit au début (*prohibuit*), soit par un avis postérieur (*denuntiavit*), de la vendre. Si, malgré cet ordre, le *procurator* vend et livre, l'*adquisitio* est régulière selon le concept de la Publicienne; le préteur accordera l'*actio in rem* à l'*accipiens*. Le *procurator* avait qualité pour être *auctor* aux yeux de cet *accipiens*: celui-ci a valablement été investi: il reste investi du *jus in re*. Seule une erreur trop lourde vicierait l'*adquisitio* et équivaldrait à la mauvaise foi, comme il appert de la loi 13, § 2.

Une particularité très caractéristique de ce mode d'acquisition, c'est que les éléments constitutifs opèrent un effet définitif, pourvu qu'ils existent au moment où l'acquisition s'opère. Lors même que, plus tard, ils cessent d'exister, l'inves-

*la mort dans les legs ou les donations à cause de mort.* (Loi 1, § 2 et loi 2, à notre titre.) Ce peut être un contrat fait avec une personne dont l'*accipiens* est l'héritier. *Sive emptori res tradita est, sive heredi emptoris, Publiciana competit actio*, 9, pr., h. t. Nous limitons d'ailleurs nos citations aux fragments de notre titre: il serait facile d'en multiplier le nombre en puisant dans les autres parties du Digeste. V. du reste Appleton, I, p. 5 et suiv. — Toutes les *délivrances fondées sur un contrat régulier* rentrent dans la zone d'application de la Publicienne. Comme le dit Gaius: *Quæcumque sunt justæ causæ acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum persequendarum gratia hæc actio*, 13, pr. Dig., 6, 2.

titure n'en persiste pas moins. Le *jus in re* a été déplacé d'une manière absolue : celui qui est devenu *dominus* reste *dominus* jusqu'à nouvelle investiture au profit d'un autre. *Quæ semel utiliter constituta sunt durant licet ille casus exstiterit a quo initium capere non poterunt*. Cette idée est exprimée par Ulpien aux paragraphes 11 et suivants de la loi 7. La bonne foi n'est requise qu'au moment de l'acquisition. *Publiciana tempus emptionis continet et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur*. C'est donc bien un véritable *modus acquirendi* nouveau.

Dans l'*adquisitio* du *jus in re* par *traditio ex justa causa*, c'est, comme d'ailleurs dans tous les *modi acquirendi*, le *nouvel investi* qui joue le rôle actif. Nous l'avons constaté dans la *mancipatio per æs et libram*, dans la *cessio in jure*. Les textes le disent expressément à propos de notre nouveau mode. *Hoc sufficit me bonæ fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit... Bonam fidem solius emptoris Publiciana continet*, §§ 11 et 16 de la loi 7.

Un *emptor* de bonne foi qui reçoit *tradition ex justa causa*, tels sont donc les éléments qui opèrent le déplacement du *jus in re*. Cette *traditio* réelle est indispensable. *Ut Publiciana competat hæc debent concurrere ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita : ceterum ante traditionem, quamvis bona fide quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit*.

La bonne foi doit exister pendant la *tradition* : il ne suffit pas qu'elle ait existé au moment du contrat. L'appréhension réelle viciée par la mauvaise foi est inefficace : il faut une appréhension opérée de bonne foi *ex juxta causa*, comme le dit formellement le dernier paragraphe de la loi 7.

Cette appréhension de bonne foi *ex justa causa* est la con-

dition nécessaire, mais suffisante du transfert. *De pretio soluto, nil exprimitur; unde potest conjectura capi quasi nec sententia prætoris ea sit ut requiratur, an solutum sit pretium* (Loi 8). Elle peut d'ailleurs être opérée par le ministère d'autrui : *Si ego non emero, sed servus meus, habebo Publicianam; idem est et si procurator meus vel tutor, vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit*. Loi 7, § 10. Dans le même sens, loi 9, § 6.

Ce nouveau mode d'*adquisitio*, quoique constituant un progrès sur le formalisme de l'ancien droit civil, est encore, on le voit, très formaliste, puisqu'il attache l'investiture à un fait matériel accompagné d'une bonne foi abstraite et qu'il l'y attache *aveuglément*, à la manière des anciens *modi* du droit civil. Nous n'avons fait que changer de formes; le même esprit subsiste, la même raideur dans l'allure : il est facile de s'en convaincre en s'y arrêtant encore un peu. D'abord, en dehors de l'appréhension corporelle, nul déplacement n'est opéré. La simple volonté de *rem habere licere* ne suffit pas. Le spiritualisme est rivé à un élément corporel, la tradition de fait, comme à un boulet qu'il traîne, au lieu de voler librement et souverainement. Si la chose est ou vient matériellement au pouvoir de l'*emptor*, il a le *jus in re*; sinon, il n'en a pas. Je vends à Secundus la chose qu'il détient comme dépositaire ou comme gagiste : la vente, dans ce cas, opère transfert réel et objectif. Loi 9, 1, Dig., h. t. Mais si je vends une chose dont je suis encore détenteur, mon vendeur n'acquiert qu'un droit officieux et ce droit est précaire, puisque je puis vendre à un autre, et, si je fais délivrance à celui-ci, pourvu qu'il soit de bonne foi, c'est celui-ci qui aura le *dominium*. C'est la négation du principe que posera l'article 1138 du Code Napoléon. Elle est contenue dans ce texte qu'il faut opposer à l'article précité comme la formule du timide formalisme, en face de la



formule du spiritualisme le plus audacieux. « *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit; et Julianus libro primo digestorum scripsit ut, si quidem ab eodem domino emerint, potior sit is cui priori res tradita est.* »

Ensuite, la Publicienne résulte aveuglément, pourvu qu'il y ait appréhension de bonne foi, de tout contrat, *vi formæ*, et sans que le *tradens* soit légitime propriétaire. Le dol même du vendeur ne nuit en rien à l'acquisition du *jus in re*. La forme seule opère automatiquement, indépendamment du fond du droit de l'auteur. Le *non dominus* joue un rôle aussi efficace que le *verus dominus*. La Publicienne compète aussi bien à celui qui a reçu tradition du premier que du second. La légitimité du titre importe sans doute au point de vue des conséquences ultérieures de l'investiture, celle-ci rencontrera une pierre d'achoppement si l'*auctor* est un simple usurpateur; mais il n'en est pas moins vrai que, au point de vue de l'*adquisitio* du *jus in re*, cette légitimité est indifférente. Le droit opère le déplacement sans se soucier du fond du droit; c'est la caractéristique du formalisme.

Quelles sont les conséquences de cette investiture dont nous venons de déterminer les conditions formelles? Certains de ses effets se rapprochent des effets du *dominium legitimum*; certains s'en écartent et donnent à cette institution la physionomie *sui generis* que nous avons déjà annoncée.

La *traditio* ou mieux l'*apprehensio ex justa causa* — puisque l'acte de l'*accipiens* est le véritable élément efficace — donne lieu à une *actio in rem* destinée à assurer désormais à l'*accipiens* la jouissance directe de la chose. La chose est liée à la nouvelle personne, comme s'il s'agissait d'un *dominium ex jure Quiritium*. Ce n'est pas seulement une simple protec-

tion provisoire ; la Publicienne n'est pas un interdit possessoire ; c'est un véritable droit de propriété (1). Ulpien le dit très énergiquement dans la loi 7, § 6 : *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit*. Ce mode d'investiture doit être placé à côté des anciens : *in Publiciana actione omnia eadem erunt quæ in rei vindicatione diximus* (Loi 7, § 8). Le *dominus* prétorien profite de plein droit des accessions : « Partus ancillæ qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est » (Loi 11, § 2). Ce qui s'ajoute au fonds par alluvion suit la condition du fonds. *Quod per alluvionem fundo accessit simile fit ei cui accedit : et ideo si fundus ipse Publiciana peti potest, hoc petetur*. Le droit de propriété de la chose se transporte, en cas de division, sur les parties de la chose. *Si statux emptæ partes recisæ petantur, similis actio proficit* (Loi 11, § 8). De même pour les parties dites intellectuelles. *Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione uti potest* (Loi 12, § 7).

La Publicienne sert non seulement à protéger la propriété complète d'une chose, mais les autres *jura in re*. Le droit d'usufruit, les servitudes urbaines ou rustiques sont aussi protégées par la Publicienne, quand ces droits sont conférés par simple acte officieux suivi de prise de possession réelle (Loi 11, § 1). Il est à remarquer que le concept de la *traditio* s'élargit pour certains objets : pour les servitudes, il n'est pas besoin d'une remise véritable, il suffit d'une *patientia* non équivoque, *forte si per domum quis suam passus est aquæ ductum transduci*. Il s'élargit encore plus s'il s'agit d'une *hereditas* restituée *ex senatus-consulto Trebelliano*, puisque la prise réelle de possession n'est pas nécessaire : l'*hereditas*

(1) « La Publicienne, au fond, c'est la revendication, avec une fiction en plus ». Appleton, t. II, p. 1.

étant un droit *moins corporel* que le droit de propriété, l'acte d'*apprehensio* (qui se règle sur l'essence de la chose appréhendée) peut être incorporel, simple acte de volonté, *animus tradendi* : il n'y a pas moins au fond *prise réelle de possession*. Autre chose est l'*hereditas*, autre chose sont les objets de la succession. *Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est*, etiamsi non fuerit nactus possessionem, *uti potest Publiciana* (Loi 12, § 1, h. t.). En ce cas, *mors traditioni æquiparatur* (1).

Mais le préteur, en instituant son *modus adquirendi*, ne le tailla pourtant pas seulement sur le modèle du *dominium legitimum*. Il faut maintenant expliquer en quoi la Publicienne constitue un régime plus perfectionné que la *rei vindicatio ex jure Quiritium*.

D'abord son domaine d'application est plus large : les *agri vectigales*, par exemple, ne pouvaient être usucapés, car ils n'étaient pas l'objet de *dominium ex jure Quiritium*. Or, *in vectigalibus et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit*, si forte bona fide mihi tradita res est. (12, 2, h. t.). Mais ce n'est pas à ce point de vue que la Publicienne constitue le progrès le plus remarquable, ce n'est pas quant à l'étendue de ses applications, c'est quand à *son idée même et aux conditions de son efficacité*. Elle contient une très importante restriction dans l'intérêt du spiritualisme et, par cette restriction, le préteur a presque complètement corrigé ce qu'il y avait de formaliste dans le nouveau *modus*. Etudions cette restriction, cette *exception*, pour dire le mot, qui est insérée de plein droit dans l'action Publicienne et en ramène l'effet dans les bornes de la raison.

(1) Cette hypothèse, que nous croyons pouvoir être ainsi ramenée au droit commun, paraît pourtant embarrasser les commentateurs. M. Appleton prétend qu'il s'agit, dans ce paragraphe de la loi 12, d'une action Publicienne compétant au défunt et qui passe de plein droit à l'héritier, comme le dit la loi 7, § 9. Le texte ne semble pas supporter une pareille interprétation.

Cet élément important est contenu dans le texte de l'édit cité par Ulpien, mais nous l'avons jusqu'à présent négligé, afin de ne pas jeter du trouble dans notre analyse. Il est d'ailleurs logique d'exposer d'abord l'idée maîtresse, le concept pur, d'une institution et d'y rattacher ensuite les modalités qui la conditionnent. Le préteur, comme nous venons de le voir, donne une *actio in rem* à celui qui reçoit tradition *ex justa causa* et de bonne foi, et cette action est destinée à lui donner droit direct de suite sur la chose avant l'expiration du temps requis *jure civili* pour la *cipio* par l'*usus*. *Si quis... nondum usucaptum petet*, dit le préteur. Mais s'entient-il à cette promesse sans conditions ? Donnera-t-il toujours gain de cause au *petitor* ? Celui-ci aura-t-il la certitude de triompher contre tous ? Une restriction s'imposait. Le préteur ne pouvait, lui qui avait travaillé opiniâtrément pour limiter par des exceptions le succès des actions du droit strict, consacrer une institution qui imitât l'aveugle rigueur de ce droit strict ! Le titulaire de l'action Publicienne ne doit triompher que dans le cas où son droit est légitime *au fond* ; il doit échouer contre un *verus dominus*. Aussi le préteur ne lui promet-il l'action que sous cette réserve, à savoir que le *reus* contre lequel il l'exerce ne soit pas le *verus dominus*. « *Si quis rem traditam, non a domino et nondum usucaptam petet, judicium dabo.* » Dès lors une lutte de titres s'engagera entre l'*actor* et le *reus* : le formalisme se résoudra en spiritualisme. Il suffira que le *reus* se prétende légitime propriétaire pour que le débat soit transporté *sur le fond du droit* et que la décision soit une décision sur le fond, au lieu d'être une décision purement possessoire, laissant à l'écart les titres et les obligations officieuses.

Cette manière de traduire le texte de l'édit nous ouvre, on le voit, de très vastes horizons, que nous essaierons d'explo-

rer, ne fût-ce que pour tirer de ces conséquences mêmes et de leur accord la preuve que notre traduction du texte de l'édit est, sinon vraie, du moins très plausible. Remarquons d'abord qu'elle est, au point de vue purement grammatical, la plus naturelle et la plus conforme à l'esprit de la phrase latine. Nous acceptons le texte tel qu'il est dans le Digeste, tel que tous les manuscrits le donnent. Généralement ce texte n'est accepté que comme une version défigurée de la véritable disposition de l'édit du préteur. On propose de remplacer les mots *id quod traditur* par ceux-ci *id quod bona fide emit traditum*, et l'on considère les mots *non a domino* comme une *interpolation*. Evidemment, on ne peut *a priori* garantir qu'il n'y a pas là de *Tribonianismes* ; mais il faut, du moins, prendre pour règle que le *Tribonianisme ne se présume pas*, qu'il se prouve ; et comment ici se prouverait-il, sinon par l'impossibilité absolue d'admettre *toute* explication respectant le texte tel qu'il est fourni par le Digeste ? *Probatio diabolica* ! serait-ce le cas de s'écrier ; preuve qui ne sera jamais complète tant que travaillera l'imagination des romanistes ! (et ils ont, c'est Cujas qui le dit, bravant l'honnêteté, *ferreum caput, plumbeas clunes* !) Le Tribonianisme d'ailleurs, c'est le *Deus ex machina*, le *coup de désespoir*, dont a parlé quelque part Maine de Biran, à propos d'un autre genre d'expédient scientifique. Ne vaudrait-il pas mieux toujours s'en passer ?

Ce texte donc, si nous essayons de le prendre à la lettre, et de l'interpréter tel quel commande, disons-nous, de rattacher les mots *non a domino* plutôt à *petet* qu'à *id quod traditur*. Pourquoi, en effet, s'il fallait traduire « ce qui est livré *ex justa causa* par un *non dominus* », le préteur aurait-il ajouté la conjonction « *et* » devant *nondum usucaptum* ? Pour marquer avec plus d'énergie cette condition nouvelle, dira-t-on peut-être. C'est certainement plausible ; mais, en matière de traduction, il faut



chercher l'esprit de la phrase, plutôt que les sens de chaque mot pris isolément. La période latine est un tout solidaire et les idées y ont un accord général qu'il faut saisir, car chacune d'elles se nuance diversement selon la place qu'elle occupe parmi l'ensemble. Or, l'impression naturelle que produit le texte de l'édit nous semble — quoique ce soit un faible argument, il faut l'avouer — attirer *non a domino* plutôt vers *petet* que vers *traditur*. Il suffit de lire la phrase deux fois successivement, une fois en s'arrêtant après *ex justa causa* et une autre fois après *non a domino*, pour se convaincre que la première ponctuation est plus naturelle que la seconde.

Ces impressions sont d'ailleurs, par essence, d'une nature subjective, et par suite très variables. Leur analyse appartient plutôt à la philologie qu'au droit : aussi nous empressons-nous de redescendre sur la terre plus ferme des principes juridiques et des démonstrations directes.

Notre conception de la Publicienne se résume en ceci : l'*exceptio justi dominii* y est incluse de plein droit ; elle fait partie du concept même de l'action : c'est pourquoi cette action, au lieu de rester sur le terrain des saisines possessoires, met en jeu des titres portant sur le terrain qu'on appelle, dans la terminologie moderne, le terrain du *pétitoire*. M. Appleton s'est spécialement posé la question du rôle de l'*exceptio justi dominii* dans l'action nouvelle que créait le préteur. Voici comment il y répond. « L'*exceptio justi dominii*, s'est-il demandé, figurait-elle dans l'édit ? D'abord il paraît certain qu'en tout cas elle n'y figurait point sous une formule précise. Peut-être le préteur disait-il qu'il accorderait, s'il y avait lieu, une exception au propriétaire... » Cette *exceptio justi dominii*, que M. Appleton croit absente du texte de l'édit, nous proposerions au contraire de la reconnaître dans les mots *non a domino*, que les philologues considèrent comme

un tribonianisme. Les raisons que M. Appleton finit par donner de conclure *contre* l'existence dans l'édit de toute exception de ce genre ne sont, à notre sens, aucunement décisives. « On peut aller, dit-il, plus loin et soutenir que l'édit ne contenait même pas la promesse d'une exception au propriétaire. Nous allons voir en effet dans un instant que le préteur accordait cette exception après examen des faits, *cognitâ causâ*. Or Gaius nous apprend que, parmi les exceptions, les unes sont indiquées par l'édit, les autres accordées *cognitâ causâ* : donc ces dernières, dont l'*exceptio justi domini* fait partie, ne figuraient probablement pas dans l'édit ». Un texte en effet se rencontre dans le *Corpus*, c'est la loi 57, Dig., 17, 1, où il est dit expressément que l'*exceptio justi domini*, dans un cas où l'action Publicienne est exercée, est donnée *causa cognita* par le préteur. Mais cela suffit-il pour prouver que l'*exceptio justi domini* est étrangère au concept même de l'action Publicienne, celle-ci étant alors d'esprit formaliste comme les actions du droit strict ? Il convient d'examiner de plus près ce fragment pour voir s'il est véritablement pour notre système une pierre d'achoppement infranchissable. Nous allons voir qu'il n'en est rien, qu'il le confirme plutôt et le perfectionne.

De quoi s'agit-il dans ce fragment 57 ? Un marchand d'esclaves a donné mandat à un *procurator* de vendre un lot de cette marchandise humaine. Ce *procurator* est mort. Le mandat est par suite éteint. Les héritiers du *procurator*, ignorant cet effet juridique et sans aucune intention frauduleuse, *errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi quod defunctus suæ curæ fecerat*, vendent les esclaves. Les acheteurs n'ayant pas de dol ni d'erreur à se reprocher peuvent usucaper. Ils deviennent légitimes propriétaires. Pourtant le marchand d'esclaves-mandant, revenant de voyage, trouve que ses es-

claves ont été vendus à un prix trop vil. Comment pourra-t-il rentrer en possession de la marchandise ? Il peut se considérer comme propriétaire puisque ceux qui ont vendu étaient *sans pouvoirs légitimes*. Pourquoi le texte dit-il que c'est la Publicienne qu'il exerce pour reprendre ses esclaves : *Publiciana non inutiliter acturum* ? L'explication est facile. Ce marchand avait acheté et reçu simple délivrance, comme cela se passait presque toujours dans le commerce. Depuis lors il n'avait pas usucapé *jure civili*, puisque des tiers avaient possédé *conformément aux exigences de l'usucapio*, ainsi que le texte lui-même l'apprend. Le droit civil ne pouvait se contredire en admettant deux usucapions concomitantes et contraires, toutes deux efficaces. Donc le marchand n'a toujours que son action Publicienne. Il l'intente. Va-t-il être repoussé par l'*exceptio justi dominii* que ne manqueront pas d'opposer les acheteurs investis par l'*usucapio* ? C'est ici que Papinien, pour donner satisfaction à la justice, déclare que l'*exceptio justi dominii* n'est donnée que *cognita causa*, que le préteur examinera si les esclaves ont réellement été vendus à perte et ne permettra aux acheteurs d'invoquer leur *usucapio* que si l'équité le permet, car *non oportet eum qui certi hominis fidem elegit ob errorem aut imperitiam heredum affici damno*.

Ce texte prouve-t-il que l'*exceptio justi dominii* n'est pas incluse dans le concept de la Publicienne, ou bien prouve-t-il que le préteur sait régler toujours selon l'équité l'effet de cette exception ? C'est évidemment cette dernière impression qui résulte du fragment 57. Ce fragment prouve qu'il est bien de l'essence de la Publicienne de respecter le *justum dominium*, si le *reus* peut fournir la preuve qu'il le possède. L'*exceptio justi dominii* est bien incluse dans la Publicienne, puisque Papinien *prévoit tout de suite cet échec* imminent pour l'action qu'exercera le marchand d'esclaves et a soin de

nous dire que cet échec n'est pas certain, car, *quoique l'exceptio justi dominii soit de plein droit un écueil pour la Publicienne*, néanmoins le prêteur ne la donne pas aveuglément : il ne veut protéger que le *dominus* qui mérite de l'être. La seule conclusion à tirer du texte est donc que *l'exceptio justi domini peut être refusée* par le prêteur, si la justice commande de la refuser : ce qui démontre qu'*a contrario* elle est de droit commun *et qu'elle est généralement donnée*.

De sorte que cette discussion, au lieu de faire reculer la Publicienne vers le formalisme, la fait encore avancer vers le spiritualisme. Dans le débat qui s'engage sur le succès de cette action, le prêteur fait intervenir tous les motifs d'équité autant que les motifs de justice stricte. Dans le procès que nous décrit Papinien, nous voyons une *actio in rem* vidée selon l'équité, et qui ne diffère en rien des actions réelles du droit moderne. Le juge ne se fonde pas sur une saisine de droit strict : le titre seul saisit ; les titres seuls, titres juridiques ou titres de seule équité, ont du poids pour décider le juge. Le spiritualisme entre, toutes voiles déployées, dans le droit strict !

Les lois 16 et 17 à notre titre présentent *l'exceptio justi dominii* comme un élément de droit commun dans la Publicienne. Neratius dit très nettement : *Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferatur : ejusque rei argumentum est primo æquitas, deinde exceptio, si ea res possessoris non sit*. N'est-ce pas donner clairement à entendre que cette exception fait partie intégrante de la formule ordinaire de la Publicienne ?

Telle est donc la technique de l'action Publicienne. Conçue originairement comme une action possessoire analogue à la *rei vindicatio* du droit civil, elle devient, par ce mécanisme juridique très remarquable, une action pétitoire.

Il nous reste à montrer par un rapprochement plus direct que la technique de la procédure pétitoire est complètement semblable à celle de l'action Publicienne. L'action réelle pétitoire du droit moderne est l'*actio Publiciana in rem* que nous venons d'analyser. Les conditions d'acquisition en sont d'ailleurs restées les mêmes jusqu'en 1804 : *traditio ex justa causa*. Le Code Napoléon a dispensé de la *traditio*, admettant que le *contrat* équivaut, selon les expressions de Portalis, à une « tradition civile ». Ainsi l'*actio in rem* est devenue concomitante à l'*actio ad rem* dont nous avons expliqué à la fin de notre première partie le perfectionnement. Mais nous parlerons plus tard de ce perfectionnement de l'action réelle comme nous avons parlé du perfectionnement de l'action du contrat et nous les verrons se fondre dans l'article 1138, susceptible d'être ainsi interprété dans les deux sens et de couronner les deux évolutions, celle de l'action personnelle *ad rem* comme celle de l'action *in rem* : ce qui nous donnera la clef des incertitudes de doctrine qui règnent encore sur cette disposition importante. Pour le moment, c'est seulement à titre d'appendice et par anticipation, que nous clôturons cette étude de l'action Publicienne par quelques idées générales sur la procédure moderne du pétitoire.

Supposez un demandeur qui revendique une terre quelconque. S'il peut se fonder sur un *modus acquirendi* du droit formaliste, sur une saisine possessoire (nous verrons que notre droit commun n'admet que la possession annale comme équivalent des anciennes *mancipationes et cessiones in jure*) il choisira cette voie plus simple et plus sûre pour rentrer en possession, pour *rem vindicare*, au sens primitif du mot qui signifie *dégager* la chose, faire cesser l'usurpation. S'il échoue dans cette prétention, c'est-à-dire s'il ne peut se faire reconnaître comme *dominus* par le droit formaliste, il peut inten-



ter une action d'un autre genre, n'ayant rien de commun avec la première. Le possessoire une fois vidé, le pétitoire reste intact. Cette nouvelle action, il la fondera sur une tradition *ex justa causa*, même sur un simple contrat depuis l'article 1138, et il prétendra qu'en vertu de ce mode d'acquisition la chose est sienne. C'est encore une saisine qu'il invoque ; c'est un *jus in re* et non un *jus ad rem*. La preuve c'est que, fournissant la preuve des éléments requis pour cette saisine, il pourra, à cette seule condition, attendre de l'adversaire l'*exceptio justi domini* et la preuve de cette exception. Supposez que l'adversaire se taise ou qu'il ne puisse prouver qu'il a véritablement et personnellement un droit de propriété faisant obstacle à la validité de la saisine de l'*actor* parce qu'il lui est antérieur, le susdit *actor* sera déclaré fondé dans sa revendication, le tribunal eût-il la preuve que la *traditio*, quoique faite *ex justa causa* et reçue de bonne foi, a été faite *a non domino*. Il suffit donc pour triompher au pétitoire de faire la preuve d'une *traditio ex justa causa*, même, depuis le Code Napoléon, d'une *simple juste cause putative*. Ce qui transporte presque toujours le débat sur la question de *fond*, c'est l'exception que soulève le défendeur contre le titre sur lequel le demandeur fonde sa demande pétitoire. Sans titre, on ne peut aborder le pétitoire, comme, sans *justa causa*, on ne pouvait engager l'action Publicienne. Mais quiconque a un titre peut agir au pétitoire et il y triomphera *pourvu que* le défendeur ne soit pas *dominus* véritable de la chose. Ainsi on peut appliquer au pétitoire moderne la disposition de l'édit du préteur : « *Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet judicium dabo.* » L'action pétitoire est l'action possessoire avec une fiction en plus, disait M. Appleton ; cette fiction c'est de *supposer la possession annale achevée*, comme à Rome on sup-

posait dans la Publicienne l'*usucapio accomplie*. Mais la formule de M. Appleton est incomplète. L'action pétitoire est la *reivindicatio* avec une fiction et une exception en plus, exception dont l'effet est de limiter *cognita causa* l'application de la fiction, de façon à ce que l'action n'ait jamais pour résultat d'enlever la chose au véritable propriétaire. *Publiciana non ideo comparatur ut res a domino auferatur* ! comme le disait Neratius. Le juge du pétitoire donne gain de cause avant la possession annale sur le vu d'un titre équipollant à ce point de vue à cette possession annale. Il exige seulement la bonne foi. Mais tandis que le juge de paix donne gain de cause *au mépris de tous titres contraires*, au mépris de la preuve d'un *justum dominium* fournie par le défendeur, à la manière du *judex* dans la *reivindicatio* romaine, le juge du pétitoire a l'oreille ouverte pour l'*exceptio justi dominii* et, malgré la *justa causa*, malgré la bonne foi, il déboute le demandeur si le défendeur se démontre propriétaire. C'est ce qui fait que le pétitoire est une procédure plus spiritualiste dans son esprit et dans ses résultats définitifs. Il ne faut pourtant pas perdre de vue son essence possessoire et formaliste. Il n'est spiritualiste qu'à cause de l'*exceptio justi dominii*. L'*actio in rem* du droit moderne est encore une action de saisine : c'était l'action de saisine Publicienne avant le Code Napoléon ; c'est l'action de saisine, perfectionnée par l'idée de *tradition civile et fictive*, incluse, d'après Portalis, dans le simple contrat, depuis le Code Napoléon. Cette explication même de l'innovation, donnée par Portalis, rattache plus étroitement le régime actuel au régime de la Publicienne. Il faut toujours tradition : seulement, par une fiction légale, la *tradition est censée faite par le contrat lui-même*. Nous verrons d'ailleurs que ce rattachement artificiel, s'il a une grande signification historique, n'était nullement indispensable. Les rédacteurs du Code

auraient pu innover directement et franchement, car ils ont, au fond, innové complètement. C'est une saisine nouvelle qu'ils ont créée, en progrès sur celle du prêteur Publicius, mais ne différant de celle-ci que par les conditions génératrices, lui ressemblant au contraire absolument par la technique de l'action qui la sanctionne.

L'œuvre du prêteur romain, en ce qui concerne la multiplication des droits réels par le secours des exceptions, des actions utiles ou des interdits, est très complexe, très touffue. Nous limitons notre étude à ce qui dans ces réformes concerne la *sanction des actes privés de disposition*, et encore n'en disons-nous que l'essentiel. Le prêteur a sanctionné par des actions réelles d'autres *titres* que la *volonté* de transférer ; il a mis ses moyens de procédure au service de principes d'équité ou d'ordre public supérieurs aux volontés privées. Cette étude, si nous nous y aventurons, nous conduirait à élargir indéfiniment le cadre d'une recherche déjà bien vaste. Nous nous contentons d'avoir donné l'idée générale de l'œuvre prétorienne ; il est facile d'en deviner les autres parties (1).

### SECTION III. — Le droit germanique.

Tandis que le droit romain, parti du régime de l'ensaisinement solennel, a brisé les cadres étroits de ce régime, pour se mettre en marche dans la voie du spiritualisme où nous avons suivi ses premiers pas — et où nous le verrons s'avancer jusqu'au but final — le *droit germanique* se caractérise comme un *système de saisines solennelles*. La saisine est l'attribut particulier du droit germanique. On oublie même

(1) L'étude des interdits serait particulièrement intéressante à ce point de vue.

quelquefois que le droit romain est passé par cette phase et que les modes d'investiture du droit germanique présentent une frappante ressemblance avec les modes d'investiture du droit romain primitif : la vie des peuples a de ces parallélismes.

Le droit germanique n'a pas subi comme le droit romain un perfectionnement régulier. Quelle est la raison de ce fait ? C'est, d'abord et peut-être uniquement, parce que *le temps* lui a manqué pour cela. Le droit romain est venu trop tôt fournir aux besoins nouveaux l'aliment qu'ils attendaient. Les populations de race germanique l'ont absorbé avidement. Suivant la loi de moindre effort, une des lois les plus générales de l'univers, elles ont préféré se servir d'un droit déjà créé et perfectionné plutôt que d'en créer un nouveau. L'évolution du droit germanique a été ainsi empêchée par la *réception* du droit romain, car le droit romain a rendu inutile cette évolution.

Peut-être aussi le droit germanique serait-il toujours resté comme enkysté dans ses formes archaïques. L'esprit germain n'était pas aussi apte que l'esprit romain aux analyses psychologiques ; il n'avait pas assez de solidité, d'opiniâtreté. Il paraît avoir été plutôt *impulsif* et primesautier que réfléchi et persévérant. Le Romain réunit les aptitudes d'un *paterfamilias* à celle d'un *miles* ; le Germain est presque uniquement soldat, *Heermann*, homme d'armes ; il n'est pas porté aux retours sur soi-même et sur ses actes qu'exigent les analyses juridiques. On sait que, chez les Germains, la procédure pacifique, les enquêtes rationnelles étaient méprisées ; l'homme libre considérait comme sa principale prérogative de n'obéir qu'au jugement de Dieu, c'est-à-dire au combat judiciaire ou aux ordalies (1). Ces pratiques peu favorables au développe-

(1) Augustin Thierry, au chapitre premier de ses *Considérations sur*

ment de la jurisprudence continuèrent même au contact du droit romain ; les barbares résistèrent longtemps à l'application de la procédure civile qu'ils considéraient comme propre aux serfs et aux clercs d'Église et comme un stigmate de servitude.

Les origines du droit d'aliéner dans les sociétés de race germanique sont très obscures. Les travaux sur ce sujet sont extrêmement nombreux outre-Rhin. L'école germanique, par hostilité pour l'école romaniste, s'est attachée, avec beaucoup de patience, à rechercher les moindres traces du droit germain pur. Mais toutes les questions restent encore profondément controversées : il n'est aucune solution qui soit hors de contestation (1). Ces incertitudes tiennent d'ailleurs, croyons-nous, à une cause irrémédiable : cette cause, c'est l'incertitude de ce droit lui-même, venant des raisons que nous avons indiquées. Le Droit germanique n'a pas eu ses *prudents* ni ses préteurs.

Il est cependant possible d'extraire de cette masse assez confuse des détails intéressants. La bigarrure même de cette histoire n'est pas dépourvue de pittoresque : elle nous montre sous une forme très saisissante les hésitations qu'éprouve la conscience juridique d'un peuple dans l'enfance, en présence du problème de l'aliénation par la volonté privée, et

*l'histoire de France*, cite une vieille chanson du XIII<sup>e</sup> siècle qui déplore en ces termes très significatifs l'abaissement des fiers Germains :

Gent de France, mult estes ébahie !

Je dis à tous ceux qui sont nés des fiez :

Se m'ait Dex, *franc* n'estes vos mès mie,

*Mult* vous a-t-on de franchise esloigniez,

*Car* vous estes par enqueste jugiez !

(1) Voici comment s'exprime l'un des derniers auteurs qui ont traité cette matière: *Man ist dieses Gegenstandes herzlich überdrüssig geworden, man ist misstrauisch gegen neue Darstellungen desselben weil man sich schon zu oft getäuscht gefunden hat.* — Heusler, *Die Gewere*.



les biais qu'il cherche pour faire franchir à cette volonté privée l'*hiatus* qui sépare un patrimoine d'un autre : *Quod meum est, id ut fiat tuum, necesse est aliquid intercedere* !

Il n'y a pas pour le droit germanique une forme officielle et principale d'investiture correspondant à la *mancipatio per æs et libram* du droit romain. Cela tient peut-être à ce que sous ce vocable général *droit germanique*, on traite en même temps du droit de peuplades diverses ayant chacune un droit civil propre et fermé comme était le droit des Quirites. Jusqu'à présent, le sujet quoique fouillé en tous sens avec cette intrépidité qui caractérise l'érudition d'outre-Rhin, manque d'une systématisation définitive.

L'ensaisinement réel s'appelle en droit germanique *die Gewere*. La Gewere est ce qui donne à un droit le caractère réel, l'incorporant dans le Sachenrecht de façon à ce que désormais le titulaire de ce droit soit légalement autorisé à en revendiquer l'*exercice immédiat* sur la chose qui en est l'objet. Le droit constitué par la Gewere est le droit réel, comme le dit très nettement un des principaux auteurs qui ont écrit sur la matière, Heusler : « *Alle in einer Gewere und nur in einer solcher realisirbaren Rechte fallen unter eine und dieselbe Kategorie von Rechten welche wir als dingliche Rechte bezeichnen dürfen.* »

Le livre sur la Gewere qui a exercé la plus grande influence, non seulement en Allemagne, mais en France, c'est l'ouvrage, paru à Königsberg en 1828, d'Albrecht, intitulé : *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrecht*. Il fournit en grande partie la base des idées courantes, car ses résultats ont été divulgués en France par *Klimrath*, dans ses beaux travaux sur la saisine. Albrecht a montré que la Gewere est inséparable de la constitution du droit réel et du déplacement réel de la propriété en droit germanique. Il a

mis en relief l'élément possessoire qui gît dans la véritable action réelle. Le *Besitzrecht* est inséparable du vrai droit réel.

Le système d'Albrecht est très bien construit et très séduisant par cela même. Est-ce à dire qu'on ne puisse rien alléguer contre lui ? Assurément non. Le droit germanique échappe par sa fluidité même à tout système bien régulier. Si on veut le traiter avec une objectivité absolument scrupuleuse, il faut renoncer à le systématiser et se contenter de faire l'inventaire des diversités, comme l'a déclaré Stobbe dans son étude sur la Gewere dans la *Ersch und Gruber Encyclopedie* (Sect. I, LXV, p. 428 et suiv.). Mais on peut néanmoins, comme l'a fait Albrecht, extraire de ces sources contradictoires une philosophie d'une exactitude approximative. En fait, c'est au système d'Albrecht qu'on reste fidèle, malgré des dissidences de détail, que les Allemands, avec leur tendance à faire école sur des minuties parfois insignifiantes, transforment trop facilement en oppositions de systèmes (1).

En dehors de la Gewere, les actes de disposition n'engendrent qu'une action personnelle : la Gewere. les « réalise », au sens que nous avons défini. Albrecht a très bien montré ce rôle, mais l'a peut-être présenté d'une manière un peu équivoque en laissant croire que la Gewere serait un *droit nouveau* s'ajoutant au droit personnel pour engendrer l'action réelle. Nous avons montré que la saisine est le résultat d'une *novation* du droit de créance, et non un droit nouveau qui viendrait s'ajouter, en s'y superposant, aux obligations officieuses. Heusler s'indigne, dans son livre sur la Gewere, qu'on raconte aux étudiants, d'après Albrecht, « le conte d'un

(1) Mme de Staël note chez les Allemands une tendance particulière à l'esprit de secte (*De l'Allemagne*. Quatrième partie. Ch. VIII).

*mystérieux farfadet lutinant dans le Sachenrecht, farfadet qui ne serait pas lui-même un droit réel, mais engendrerait l'action réelle* (1) ». Cette conception métaphorique n'a en effet qu'une valeur approximative.

Quel est le sens exact du mot Gewere ? On discute beaucoup sur l'étymologie de ce mot. Il s'écrivait primitivement « Giwerida », sous une forme latinisée. On a deux textes d'une même vente remontant à l'année 824 : l'un de ces textes porte : *testes qui viderunt giweridam* et l'autre : *testes qui vestitionem viderunt*, ce qui semble bien indiquer que les mots *giwerida* et *vestitio* étaient considérés comme synonymes. La Gewere serait donc le nom germain de la *vestitio*. Cette synonymie, acceptée par Grimm (*Rechtsalterthümer*, p. 552, 602), conduit à admettre pour « Gewere » l'étymologie qui rattache ce terme à la racine *geben*, donner. La Gewere serait donc la *traditio* destinée à opérer le déplacement du droit réel. Par la Gewere, l'aliénateur se dessaisit et saisit l'acquéreur. Le meilleur commentaire de cet acte se trouve dans la formule de *traditio* que reproduisent avec peu de variantes les actes de la période mérovingienne : *Ad dictam personam a die præsentis dono atque trado ut quidquid denominata re agere facere quæ voluerit liberam ac firmissimam in omnibus habeat potestatem faciendi* (2).

Mais si la Gewere est une *traditio*, ce n'est pas seulement une *traditio*. On ne saurait la comparer à la *traditio* qui est le fondement de l'action Publicienne : celle-ci était une simple négociation privée, agissant uniquement à cause du fait matériel, quoique caché, de la prise de possession. La Gewere

(1) *Das Märchen von einem im Sachenrecht spukenden Kobold, der selber kein dingliches Recht sei, aber die dingliche Klage erzeuge.*

(2) Nous empruntons au hasard cette formule à un acte de donation de l'année 748, publié (p. 4) par Ritz dans les *Urkunden zur Geschichte des Niederrheins und der Niederrheins*. Aix-la-Chapelle, 1824.

est, au contraire, une *traditio* solennelle. La *mancipatio per æs et libram* était, elle aussi, une *traditio*, mais une *traditio vestita*, entourée d'un vêtement pittoresque de formalités. De même, la Gewere est une gewere, une *datio*, devant témoins avec un cérémonial que nous décrirons. Elle appartient à la même famille d'institutions que la *mancipatio per æs et libram* et que la *cessio in jure*.

Nous avons donc là le *modus acquirendi derivativus* du droit germanique. Malheureusement, si le noyau en est une *traditio*, les formes en restent encore très nébuleuses. La Gewere se fait soit devant témoins, soit devant le magistrat, comme à Rome : chacun de ces modes comporte des variantes nombreuses. Les lois barbares rédigées après l'invasion, en révèlent la diversité.

La forme la plus archaïque dut être la Gewere dans le *mallum*, c'est-à-dire en présence du peuple régulièrement assemblé. La loi Salique conserve des vestiges de cette procédure *in mallo*. Notamment, elle y est en usage pour conférer saisine aux héritiers testamentaires. Le chapitre 46, *De adfathamire*, nous montre l'héritier recevant solennellement investiture dans le *mallum*, absolument comme, à Rome, l'*heres* était institué *calatis comitiis*. La loi des Ripuaires (§9, 1) fait mention des aliénations opérées *in mallo* devant un nombre déterminé de témoins avec un écrit dressé. L'écrit est ici un perfectionnement postérieur amené par la divulgation de l'art d'écrire. Les anciens peuples germains ne savaient tenir ni le stylet ni la plume : la mémoire humaine était leur unique moyen de preuve. On amenait des enfants aussi jeunes que possible, afin que leur témoignage pût durer plus longtemps et, de plus, pour donner à leurs souvenirs plus de vivacité, on leur tirait, paraît-il, vigoureusement les oreilles. Aux personnes plus âgées on se contentait d'une faible traction sym-

bolique les invitant à ne rien perdre de ce qu'elles allaient entendre (1). V. Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 144 et suiv., p. 857.

En dehors de la présence de témoins, les sources révèlent des solennités comparables à celles du droit romain. S'il s'agissait d'un fonds de terre, on se rendait souvent sur le fonds lui-même pour en montrer les bornes ; on arrachait du sol une *festuca*, une gaule, que l'aliénateur remettait à l'acquéreur devant les témoins (2). D'autres fois c'était une motte de terre gazonnée (3).

La pratique des donations à l'Église, après la conversion des barbares au christianisme, amena la création d'autres cérémonies se rattachant à la même souche, mais empreintes de la pompe religieuse. Pour exciter le zèle des donateurs, le clergé s'efforçait de flatter leur vanité par des solennités honorifiques dont l'attrait immédiat s'ajoutait à celui des récompenses célestes. La charte de donation était lue dans l'Église ; on rendait grâces aux vertus et à la piété du donateur ; l'acte était déposé sur l'autel. De grands personnages assistaient parfois à la fête et servaient de témoins. C'est la *traditio ad altare* ou *ad aram*.

Le nombre de témoins ne paraît jamais avoir été fixé avec précision comme dans le droit romain, ni les paroles non plus, ni les

(1) Très souvent les chartes terminent en spécifiant que *factum est hoc super terram*.

(2) Voici par exemple comment s'exprime un acte de donation cité par Heusler. L'écrit raconte la scène comme le ferait un témoin: *Pervenerunt ad ipsum Wolfharîi domum* (c'est la maison du donateur) *ibique congregatis testibus enarravit Wolpheri omnia. Placuit tum omnibus ut traditionem perfecisset ; et ita fecit ea ratione ut absciso propriæ arboris ramo et coram cunctis in manus Wagonis* (le gratifié) *tradidit et legitimos testes per aures traxit*.

(3) S'il s'agissait d'une chapelle, la Gewere consistait dans la *traditio* solennelle de la corde du clocher ou bien le *mancipans*, c'est-à-dire l'acquéreur, sonnait un coup de cloche symbolique.



symboles. La loi des Ripuaires (Titres 59 et 60) (61 et 62 dans certaines éditions) ordonne que l'aliénation d'un fonds soit officiellement constatée, sur le *locus traditionis*, c'est-à-dire dans l'opinion qui nous semble la plus vraisemblable, sur le fonds lui-même qui est vendu, par *un nombre de témoins proportionné à la valeur du fonds*. L'acquéreur paie le prix et reçoit la libre possession devant eux. Il arrive assez fréquemment que les chartes d'aliénation citent nommément un certain nombre de témoins et se contentent ensuite de cette mention générale *et cæteri sine numero* ou, plus verbeusement, *cæteri sine numero quorum nomina si stilo comprehendere voluisssem, dies, ut opinor, prius quam vocabula defecisset* !

A mesure que les sociétés barbares deviennent plus centralisées, les lois s'efforcent de préciser les formalités d'investiture et en même temps on voit apparaître une forme d'investiture nouvelle, l'investiture *par autorité publique*, l'investiture judiciaire. Celle-ci est particulièrement favorisée par les rois. C'est le représentant de l'autorité publique qui constate officiellement la Gewere, en dresse acte et en fournit perpétuellement témoignage.

Certains auteurs ont prétendu que le mode d'investiture par témoins est une création relativement récente des capitulaires. Il aurait été admis pour faciliter les donations pieuses et à titre d'adoucissement du droit primitif, lequel aurait exigé pour l'aliénation la sanction de l'autorité publique. Un capitulaire de 803 semble confirmer cette opinion : *Si quis res suas pro anima ad casam dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram legitimis testibus. Et quæ hactenus in hoste factæ sunt traditiones de quibus nulla est quæstio stabiles permaneant*. N'est-ce pas une faveur consistant à permettre de faire les aliénations *domi*, officieusement, sans recourir à

l'autorité publique ? (V. Bluntschli, *Züristische Rechtsgeschichte*, I, p. 88 et suiv.).

Mais il est fort possible d'admettre que ce capitulaire se borne à sanctionner le droit existant et qu'il n'innove nullement. Dans ces temps troublés, les dispositions législatives sur le même sujet s'accumulent et se répètent un grand nombre de fois. Ce capitulaire, d'ailleurs, peut innover en ce sens seulement qu'il autoriserait l'aliénation à *titre universel* sous une forme officieuse, alors que le testament se faisait jusque-là *in mallo. Res suas ad casam dei tradere*, c'est instituer l'Église héritière. Le capitulaire précité permettrait, en faveur de ce cas spécial, un testament officieux *in articulo mortis*. Ainsi la question reste intacte pour les aliénations à titre particulier et pour le droit commun (1).

L'aliénation devant témoins était donc, au moment où les barbares sont venus en contact avec l'empire romain et avec son administration centralisée, le mode normal de transfert réel. Elle répondait bien aux manières d'être de sociétés un peu flottantes et amorphes. Elle n'exigeait le concours d'aucune autorité constituée. Le droit réside dans la conscience des voisins, des parents, du clan, en un mot (*Volksüberzeugung*, comme dit Puchta) : c'est à ce clan que l'on notifie la volonté d'aliéner ; c'est ce clan qui opère le changement de tête. Mais l'exemple de l'administration romaine donna aux rois barbares d'autres ambitions : ils voulurent régulariser l'exercice

(1) Un capitulaire de Charlemagne et de la même année (803), annexé à la loi des Ripuaires, édicte que celui *qui alium quemlibet heredem sibi facere voluerit*, devra le faire *coram rege vel coram comite et scabinus missus dominicus*. Il y aurait donc une relation très naturelle entre ces deux textes législatifs. Pour le droit saxon, on peut consulter sur la question Bulowius. *Utrum ad dominium rerum immobilium transferendum secundum jus Saxonicum mediæ ævi resignatione solemnî in judicio facta opus fuerit necne*, 1870.

de la juridiction, afin de donner à leur gouvernement plus de cohésion. Les coutumes barbares s'éclipsent alors peu à peu pour laisser place aux formes nouvelles d'administration. Ainsi s'explique que la *traditio coram testibus* puisse sembler un mode accessoire et qu'on ait pu la prendre pour une création récente de Charlemagne : elle s'effaçait, au lieu d'apparaître : c'est un coucher, non une aurore.

Les aliénations se rapprochent peu à peu de l'autorité publique dont elles empruntent la protection. La loi des Ripuaires, dans les titres 59 et 60, déjà visés, ordonne que l'aliénation soit constatée par un écrit (*testamentum*), *qui est ensuite présenté au juge*. C'est en quelque sorte la forme de transition entre l'aliénation *in mallo* et la véritable *gewere* juridique, la *gerichtliche Auflassung*, selon l'expression technique. Quand enfin le régime féodal est complètement établi et quand est achevée l'œuvre de rattachement administratif, c'est toujours à l'autorité locale, au seigneur foncier ou à ses officiers qu'il faut recourir pour recevoir investiture des acquisitions (1).

C'est dans cet état du droit que la distinction entre la convention d'aliénation et l'investiture acquiert toute sa précision. Dans les actes de la période de transition, il est quelquefois difficile de distinguer exactement ce qui appartient à la convention et ce qui appartient à l'ensaisinement réel. Il semble qu'il n'existe entre le simple droit personnel et le

(1) Il s'opère, en certains endroits, une fusion entre la forme du transfert *per mallum* et la forme de transfert par autorité de justice. Dans les Pays-Bas, par exemple, le nantissement se fera devant la Cour féodale composée du seigneur ou de son officier et des hommes de fief, pour les tenures nobles ; devant la Cour échevinale composée d'un prévôt ou maieur, représentant du seigneur, et des censitaires, pour les tenures roturières. Les deux éléments, la *tourbe* et le *chef*, sont, on le voit, fusionnés en un mode unique qui les comprend tous deux.

droit réel qu'une différence dans le degré d'énergie ou de certitude. L'investiture est une *firmatio* ; on ne distingue pas nettement la *novation* qui y est incluse, la transformation du droit personnel en droit réel. *Ut hæc traditio firmior habeatur, testibus eam volo præsentibus confirmare*, dit l'un des aliénateurs. *Dedi legali et firmissima traditione*, dit un autre. Ces formules révèlent bien l'intention de conférer un droit de possession à l'acquéreur, mais l'idée du *dominium ex jure civitatis* n'a pas la précision qu'elle avait chez les Romains. Les *notarii* ou écrivains publics, humbles ancêtres de nos notaires publics, n'étaient pas de profonds analystes ; ils avaient l'idée confuse du droit réel et de l'action réelle et l'exprimaient vaguement par ces comparatifs : *firmior, firmissima traditio*. Dans un autre texte où le roi lui-même sanctionne l'acquisition, il s'exprime ainsi : *Pro integra firmitate petierunt celsitudini nostræ ut ipsas commutationes denuo per nostram auctoritatem jure firmissimo teneat atque possideat* (1). Les principes juridiques pouvaient-ils acquérir précision et certitude dans une société livrée dans une grande mesure à l'anarchie ? Pour que les institutions prennent une physionomie nette et scientifique, il faut une sanction sociale toute puissante, capable de s'exercer selon des règles précises, et dont la puissance ne soit pas mise en question. En particulier, le *jus in re*, étant un droit contre la collectivité sur la chose, existe dans la conscience publique ; il suppose donc une société pourvue d'un organe perfectionné de gouvernement ou du moins de juridiction, en un mot, une société pouvant avoir

(1) Dans certains textes l'aliénation se décompose même en trois phases : le *contrat privé*, la *vestitura* et la *confirmatio*. Tel est ce capitulaire de Charlemagne, publié dans Boretius, I, p. 449, qui au § 7 est ainsi conçu : *De rebus quas marchio tradidit filio Bosonis vel aliis hominibus volumus ut hi quibus traditæ fuerint vestituram suam accipiant et insuper confirmationem*.

sans effort une conscience nette d'elle-même. Aussi les textes portent-ils toujours la trace d'une sorte d'*anxiété* au sujet du sort futur de l'acte accompli. Sera-t-il respecté ? Trouvera-t-il appui auprès de la puissance publique ? on ne le sait ; on redoute les violations. De là le luxe de protestations, de confirmations, de menaces et même d'*imprécations* qui caractérise les textes de ces temps troublés. L'aliénateur donne, *in dei nomine, liberam et firmissimam potestatem* sur la chose aliénée. Puis il ajoute — ce qui démontre l'incertitude du droit — une *clause pénale* qui se rencontre dans presque tous les actes. *Si quis vero, quod fieri non credo, si ego ipse, quod absit, aut aliquis de heredibus meis, seu qualibet extranea persona contra hanc donationem venire temptaverit aut eam infringere voluerit, in primitus iram dei cælestis incurrat et alumnibus sanctorum extraneus appareat et inferat partibus supra scriptæ ecclesiæ auri duas libras, argenti pondus quinque, et quod repetit evindicare non valeat.*

Le voisinage et le contact du droit romain contribuèrent, en même temps que les progrès de la centralisation administrative, à préciser l'idée de la saisine réelle et de la *vestitura* dont elle est l'effet. Le mot de *vestitura* se généralise. D'abord vaguement confondue dans la *traditio* ou *Gewere*, cette phase de l'acte de disposition apparaît de plus en plus clairement comme distincte de la convention de livrer. On a voulu nier que la *vestitura* soit contenue dans le vieux droit germanique. Sans doute, le mot n'y était pas encore, mais la chose y était. La *vestitura* résultait des solennités publiques de la *Gewere* (1). Le mot s'est accrédité parce qu'il contient

(1) « Der innerste Kern derjenigen Handlung welche die karolingische » Periode mit dem Namen der « Vestitura » bezeichnet ganz gewiss ur- » deutsches Recht und bei allen Stämmen althergebracht war, hervor- » gerufen durch das Bedürfniss einer möglichst prägnanten Form der » realen Besitzergreifung wodurch der Wille der Parteien in höchst



une métaphore très énergique et très exacte que nous avons souvent employée dans ces pages. Celui qui acquiert le *jus in re* au lieu du *jus ad rem* est vêtu de la propriété *comme d'un vêtement* que l'ancien propriétaire quitterait pour le faire endosser à l'acquéreur.

La science juridique progresse ainsi, à la manière des autres sciences, par dissociation d'impressions. Le concept apparaît à l'esprit d'abord comme un bloc, un faisceau d'idées élémentaires : avec le temps et la réflexion, l'esprit y distingue ces idées élémentaires et leur donne un nom distinct. L'expérience seule d'ailleurs opère automatiquement la dissociation. Le mot *scire*, savoir, vient de la même racine que le grec *σχιζω*, qui signifie *diviser*.

Quoi de plus net sur la distinction du *jus ad rem* et du *jus in re* que ce passage de Jean des Mares cité par Brodeau dans son commentaire sur la coutume de Paris ? « En vente d'héritage, *il faut vest et devest*, combien que lettres en soient faites, car au vendeur demeure toujours la vraie saisine et possession jusques à tant qu'il en soit dessaisi en la main du seigneur foncier et ne s'en peut dire l'acheteur saisi jusqu'à ce qu'il en soit saisi de fait par le seigneur foncier du lieu ». C'est le principe du droit formaliste, que l'on peut mettre en regard de ce que dit également Gaius du droit romain : « *Si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero... ex jure Quiritium mea permanebit* » (1). Gaius,

» unzweifelhafter Weise zur Erscheinung gebracht und zumal bei den » Nachbarn, auf deren Zeugniß später vielleicht alles ankommt, jegli- » cher Verdacht von Eigenmacht oder Heimlichkeit entfernt wird ». Heusler, *loc. cit.*, p. 5.

(1) On peut citer comme particulièrement énergiques les expressions de Bouteiller (*Somme rurale*, l. I, ch. VII). « Celui qui vend sa tenure, mais en retient encore la saisine par devers lui et n'en fait vest à l'acheteur, *sachez qu'il est encore sire de la chose* ».

Nous expliquons, on le voit, les formalités d'investiture par des raisons

II, 41. C'est ce principe qui a été en vigueur dans toutes les parties du monde féodal où l'influence germanique a résisté à la pénétration du droit romain. Le droit réel y est *en dehors* des pouvoirs de la volonté privée.

Les coutumes où ce principe règne sont appelées *coutumes de saisine ou de nantissement*. L'acte solennel qui est destiné à transformer le droit personnel en droit réel s'appelle précisément *réalisation*. La réalisation s'accomplissait au moyen des devoirs de loi : les devoirs de loi étaient une prise de possession constatée par l'autorité judiciaire de la région et consignée sur des registres publics (1). C'étaient donc, soit

de pure technique juridique et non par l'idée du domaine évident. Ce domaine incontestablement existait sur tous les fonds (nous nous permettons de renvoyer ici à notre étude sur la *Propriété foncière dans les provinces romaines*, où nous en expliquons l'origine très probable et les caractères) ; mais il ne faisait pas obstacle au droit de libre disposition du domaine utile : le seigneur n'avait à sauvegarder que le paiement des redevances. Il est singulièrement exagéré de considérer l'investiture comme une *concession* nouvelle émanant du propriétaire foncier. Le seigneur ne joue que le rôle de représentant de la puissance publique ; il ne fait pas un *accensement privé* ; il fait un *ensaisinement public*. Ce fut d'ailleurs l'idée généralement admise dans l'ancien droit. Seuls les feudistes enragés soutenaient l'idée que le seigneur tire ses droits d'une *concession libre* et toujours révocable réellement faite au tenancier. Merlin explique cependant le nantissement comme un *accensement* nouveau. V<sup>o</sup> *Nantissement*, n. 2. Pourquoi alors le nantissement n'a-t-il pas existé partout où existait le régime féodal ?

(1) V. Merlin, V<sup>is</sup> *Devoirs de loi et Nantissement*. Les coutumes de Hainaut, ch. 94, art. 1<sup>er</sup> ; Liège, ch. 6, art. 1<sup>er</sup> ; Artois, art. 71 ; Chatellenie de Lille, t. 10, art. 3 ; Vermandois, art. 126 ; Cambrésis, t. 5, art. 1<sup>er</sup> ; Amiens, art. 137 ; Boulonnais, art. 115 ; Ponthieu, art. 111 ; Péronne, art. 264 ; Reims, art. 162 ; Chauny, art. 32, etc. etc. Transcrivons le texte de l'article 126 de la coutume de Vermandois qui rappelle une des formalités signalées déjà pour le haut droit german. « Pour acquérir droit de seigneurie et propriété en aucun héritage ès limites de ladite prévôté foraine est requis que le vendeur, ou procureur pour lui suffisamment fondé, se destitue ès mains de la justice foncière sous laquelle est ledit héritage acquis, au profit de l'acheteur ; et que le dit acheteur en soit vestu et saisi de fait. Et se fait communément la dite vesture par tradition d'un petit bâton ou bûchette ».

les juges royaux, soit les officiers du seigneur dont les biens étaient mouvants, qui remplissaient cette fonction. Les registres donnaient satisfaction à un autre besoin dont nous parlerons plus tard, la publicité, qui intervient ainsi par surcroît au milieu des formalités d'ensaisinement et leur survivra.

Ce besoin se faisait surtout sentir dans les villes commerciales. Là les registres étaient tenus avec un grand soin et ils formaient une sorte d'état civil de la propriété (V. Homeyer, *Die Stadtbücher des Mittelalters* dans les *Abhandlungen der Berliner Akademie*, 1860). Mais la préoccupation de publicité est encore, pour les temps dont nous parlons, primée par des préoccupations plus rudimentaires : on songe à opérer le transfert plutôt qu'à le publier. Le transfert comprenait deux moments, la *dessaisine* ou *deshéritance*, qui dévêtait le vendeur, et la *saisine*, *adhéritance* ou *mainmise* ou *mise de fait*, qui opérait l'investiture en faveur de l'acquéreur. Les expressions sont d'ailleurs très diverses selon les coutumes, comme aussi sont diverses les formes du cérémonial de l'ensaisinement (1).

Jusqu'à l'ensaisinement, l'acquéreur n'a pas d'action réelle. La coutume de Liège (Chap. VI, art. 1<sup>er</sup>) s'exprime ainsi : « Tous biens immeubles, soient-ils héritages ou rentes, ne

(1) Selon les coutumes de Vermandois (art. 126), de Reims (art. 165) et la plupart des coutumes des Pays-Bas, il fallait pour opérer le nantissement que le vendeur et l'acheteur comparussent devant les officiers de la seigneurie dont relevait le bien, que le vendeur mit entre les mains du chef de la juridiction un bâton, symbole du droit de propriété sur l'héritage, et que le juge le mit à son tour entre les mains de l'acheteur. Dans la coutume de Douai, le nantissement s'opérait en présence de deux échevins (sept dans les adjudications par décret). Les coutumes d'Amiens, de Péronne, de Douai permettaient à l'acquéreur de faire remplir seul la formalité d'investiture. La procédure est même très significative. L'acheteur se présente d'abord comme *procurator* du vendeur propriétaire et, au nom de celui-ci, il opère dessaisine ; ensuite, en son propre nom, il prend saisine de la propriété.

peuvent valablement être aliénés, par contrat par devant notaire et témoins ni autrement, *que par devant justice, pour donner titre ou action réelle* ». Il s'ensuit que tout acte juridique qui veut être, non un acte de simple obligation, mais un acte de disposition, doit faire l'objet d'un nantissement solennel. Le droit de propriété, l'usufruit, l'hypothèque, les rentes tombaient sous l'application de ce principe. Dans certaines coutumes, il était d'usage de nantir le locataire ; le louage était conçu comme un acte de disposition et non comme un acte d'obligation : on sait que la doctrine du Code Napoléon à ce sujet est l'objet de vives controverses (1).

Les héritiers légitimes n'avaient pas besoin de se faire nantir : le mort saisissait le vif, de plein droit. Chaque héritier était censé, dès la mort, saisi *de la part qui devait lui échoir une fois le partage opéré* : le partage était déclaratif, par conséquent. Il n'avait donc pas besoin d'être sanctionné par un nantissement nouveau (V. *Coutume de Cambrésis*, titre 14, art. 1<sup>er</sup> ; de Chatellenie de Lille, titre 2, art. 59). D'après certaines coutumes, le légataire aussi était saisi de plein droit (comme, à Rome, le légataire *per vindicationem*) : telle est la coutume de Reims, art. 171 (Arrêt du Parlement de Paris du 12 décembre 1701). Mais le contraire était en vigueur dans le pays de Gand, de Douai, dans l'Artois (Gand, rubr. 28, art. 4 ; Douai, ch. 2, art. 3 ; Artois art. 74). Ces diversités s'expliquent, ainsi que nous l'avons fait remarquer

(1) D'après l'article 132 de la coutume de Vermandois, les baux ne se nantissaient pas réellement : « *vest ou devest* n'est nécessaire en prise d'héritage à quelque titre que ce soit ». Et pourtant le preneur avait droit de suite. De même les rentes foncières suivaient la chose quoique non réalisées : ce qui cadre parfaitement avec les conclusions finales de notre première partie. « Par la seule tradition des lettres de bail d'héritage ou constitutions de rente est acquis le droit de propriété ». Cf. Reims, art. 172.

à propos du droit romain, non comme des dérogations au principe du nantissement, mais comme des différences dans la *conception même des actes*, de sorte que ce qui ici est considéré comme acte de disposition ne semble ailleurs être qu'un acte de simple obligation.

La nécessité du *vest* solennel avait pour résultat, et par contre-coup, comme nous l'avons indiqué dans la première partie, de débilitier à côté de lui l'effet du simple *titulus ad adquirendum*. Le premier nanti avait la préférence quoique son auteur eût déjà fait de la même chose et antérieurement un acte de disposition resté purement officieux. Comme dans le droit romain, le premier vêtu du droit réel est préféré à tout simple titulaire d'une obligation *de rem habere licere* (1).

Ce régime, dont nous venons d'esquisser la forme générale, reçut un perfectionnement qui résulta du développement des justices royales. Contre les autorités féodales, qui, après avoir, dans les premiers temps de la monarchie franque, *représenté* le roi ou l'empereur, s'étaient rendues indépendantes, le pouvoir royal va entreprendre une lutte indirecte ; il va mettre à côté d'elles la concurrence d'agents dévoués à la couronne. Ces agents, dont la compétence s'étendra peu à peu, finiront, semblables à ces coins que l'on enfonce dans

(1) Le roi étant le représentant de l'autorité publique peut dispenser, dans les actes de disposition où il intervient, de la tradition solennelle. Dans une des formules de Marculf, le roi, après avoir déclaré qu'il concède à un particulier une certaine « villa » du domaine fiscal, conclut en ces termes : *Ita ut jure proprietario*, absque ullius expectata judicium traditione *habeat teneat atque possideat et suis posteris, Domino adjuvante, ex nostra largitate aut cui voluerit ad possidendum relinquat vel quidquid exinde facere voluerit ex nostro permissu in omnibus habeat potestatem*. C'est la saisine par autorité royale. C'est, croyons-nous, un cas de ce que le droit allemand appelle l'*Autonomie*. Nous y avons déjà fait allusion. C'est le droit appartenant aux nobles de fonder, par leur propre volonté, des rapports de droit concrets, comme l'a dit Ihering (*Recht der Begründung konkreter Rechtsverhältnisse*).



le bloc à diviser et qui, se gonflant peu à peu, le font sûrement éclater par réduire à rien l'autorité féodale, ou, du moins, par en miner complètement l'édifice. Il ne restera plus qu'à l'attaquer ouvertement.

La Révolution de 1789 trouva le régime du nantissement assez profondément entamé dans les pays où il régnait encore. La plus grande brèche y avait été faite par l'édit de Louis XV de juin 1771. En son article 35, il déclara que désormais, dans les pays de nantissement, l'hypothèque résulterait *des jugements et des actes notariés. Ce n'était pas à proprement parler abolir le nantissement : c'était seulement transporter aux juges et notaires royaux la faculté de nantir* qui appartenait aux justices seigneuriales et en *simplifier les formes d'exercice* (1). La saisine et dessaisine judiciaire ou

(1) L'édit est complété par une déclaration du 23 juin 1772. Louis XIV avait fait une tentative dans le même sens. Ayant créé dans la ville d'Avannes six offices de notaires, ces officiers obtinrent, par arrêt spécial, le droit de donner dans leurs contrats *dessaisine et saisine équipollant à dessaisine et saisine en cours féodales*. Les autorités locales protestèrent et le Parlement de Metz fit droit à leur opposition. Tout en permettant aux notaires de recevoir toutes sortes de contrats ou d'actes, tant pour droits réels que personnels, il décida que les parties n'acquerraient aucun droit réel en vertu desdits contrats avant de les avoir fait *réaliser* par devant les baillis et hommes de fief, pour les fiefs, et par devant les maires et gens de lois, pour les rotures.

La saisine dessaisine notariale fut en vigueur aussi dans les pays où le mode normal d'ensaisinement était, conformément au droit romain, la *traditio*. La coutume de Paris ne dit pas que la saisine et dessaisine notariale équipolle à *saisine dessaisine féodale*, mais qu'elle équipolle à *tradition de fait et possession prise de la chose aliénée* (art. 7 du ch. IX). La formalité était la même, mais dans chaque région elle se définissait en s'opposant à ce qui dans cette région était le droit commun en matière d'ensaisinement réel (droit romain ou droit germanique). Ce courant d'idées se continuera dans le Code Napoléon. Le titre II du livre III est consacré aux actes qui, comme la donation entre vifs et le testament, exigent, pour achever le transfert et l'ensaisinement, l'intervention d'un officier public (notaire ou président du tribunal, art. 1007). Ce sont des *Realverträge* encore distincts des *Consensualverträge* dont il est question au titre III du même livre. Ainsi la tradition germanique et la

notariale se rattachent au principe du nantissement, puisque juges et notaires sont représentants de la puissance publique. Il faut donc, croyons-nous, se garder de rattacher ces formes de constitution de droits réels au principe individualiste du transfert par la volonté privée et de voir là l'origine du Code Napoléon, dont nous parlerons plus loin. C'est un en-saisinement par autorité publique, seulement l'autorité publique se met mieux à portée du commerce : c'est comme la *menue monnaie* du nantissement féodal, car les notaires sont plus nombreux et plus accessibles que la justice seigneuriale. De plus, c'est la monnaie *royale* qui remplace la monnaie *féodale*, la monnaie *française* qui remplace la monnaie *franque*. L'autorité publique se présente avec les formes qui conviennent à une société civilisée et unifiée.

L'édit de 1771 n'eut pas dans les pays de nantissement un succès complet. D'abord, il ne s'y appliquait qu'à une sorte de droits réels, l'hypothèque. Pour les autres actes de disposition, le régime restait intact. De plus le Parlement de Flandre, le Conseil d'Artois refusèrent d'enregistrer l'édit royal : de sorte que pour ces pays le régime du nantissement était absolument souverain quand éclata la Révolution de 1789.

Nous aurions achevé l'étude des principes qui régissent en droit germanique l'acquisition à titre dérivé, si nous n'avions, comme pour le droit romain, à tenir compte de l'intervention fréquente en cette matière d'un mode d'acquisition qui pourtant, par son essence, se rattache à l'acquisition à titre originaire : nous avons nommé la *saisine par possession*. De même qu'en droit romain nous avons dit un

tradition romaine ont encore deux lits distincts dans notre Code. Ce vice apparent de méthode a, on le voit, une grande signification historique.

mot du rôle de l'*usucapio*, il faut dire ici un mot de la *saisine par an et jour* du droit germanique. Celui qui reçoit simple tradition d'un immeuble, mais qui le possède loyalement pendant un an et un jour en devient *saisi*. Cette saisine a un résultat particulièrement énergique, puisqu'elle produit l'extinction absolue des titres contraires : elle *purge* absolument la chose. C'est une saisine *légale*, comme était d'ailleurs l'*usucapio* romaine ; c'est plus qu'une simple saisine. La simple saisine donnerait action réelle, sans doute ; mais elle *n'éteindrait pas* les *jura ad rem*. La saisine légale, non seulement investit du *jus in re*, mais le *garantit*, ce qui est la caractéristique du régime de la Légalité, dans la terminologie allemande. « *Jahr und Tag ist die rechte Gewere* », disent les textes (Swabenspiegel, Ch. 209). L'action qui en résulte est possessoire, comme toute action fondée sur un *jus in re* ; mais elle n'est pas susceptible d'être mise en échec par une autre action contraire fondée sur un *titulus* antérieur à la prise de possession : c'est ce qui lui donne sa physionomie propre. La saisine par le temps étant fondée sur cette *présomption* que la chose est *res nullius*, puisque, pendant une durée prolongée, nul ne l'a réclamée, on peut dire que, dans la simple saisine, cette présomption est *juris tantum*, et que, dans la saisine prescriptive, la présomption est *juris et de jure*, c'est-à-dire irréfragable. Quant aux autres éléments, ils sont les mêmes dans les deux cas de saisine par le temps de possession.

Ainsi, dans les traditions du droit germanique, la volonté privée n'a pas, on le voit, le pouvoir de transférer réellement, tandis que ce pouvoir lui appartient selon les principes en vigueur dans le droit romain classique. La lutte des deux traditions a pris une forme très dramatique dans un

milieu où elles se sont toutes deux rencontrées avec le maximum d'intensité : ce milieu, c'est l'Allemagne moderne. L'Allemagne hésite depuis le moyen âge entre deux législations d'esprit très différent, la législation germanique et la législation romaine. La première est le droit indigène du pays, dont l'origine se perd dans les ténèbres de la préhistoire des hordes germaniques, comme nous l'avons montré dans ce chapitre. C'est le droit national, *einheimisches Recht*. Le droit romain, au contraire, est entré en Allemagne par suite des changements politiques qui ont fait de cette nation une province d'abord, puis la tête du Saint Empire romain. C'est un droit reçu, *recipiertes Recht* (Thibaut, *System*, tome I, § 12-14).

De tout temps deux écoles se sont divisé la science juridique en Allemagne : l'école *germanique* et l'école *romaniste*. Pour l'école germanique le droit romain est un intrus ; c'est un droit étranger au génie germain qu'il faut expulser pour rendre à l'évolution du droit national sa liberté complète. Cette école entoure d'un culte fervent, non exempt de mysticisme, les vieilles traditions du droit national. Elle en admire, avec des yeux d'archéologues, les formes primitives et grossières. Elle se persuade d'ailleurs que ces formes sont, pratiquement parlant, préférables aussi aux principes du droit romain. L'auteur d'études remarquables sur les lois prussiennes de 1872, Achilles, émet formellement le regret que le droit allemand ait versé dans les traditions romaines. « On peut, dit-il (p.5), admettre à la rigueur que pour le commerce des choses mobilières le droit naturel est un progrès important : mais, *pour la constitution des droits sur les immeubles, il est certainement à regretter que la jurisprudence romaine n'ait pas eu la force de conserver les anciens modes d'acquisition.* » Les raisons qu'il donne résument l'ensemble des objections qu'on a faites au système romain, et qui rejet-

tent beaucoup d'esprits, non seulement en Allemagne, mais en France, vers le régime archaïque. « L'importance que possède dans la vie civilisée la propriété foncière appelle, dit-il, de la part de la législation, une préoccupation particulière. Il faut constituer les droits de propriété portant sur les choses de ce genre d'une façon claire, sûre *et autant que possible inattaquable* ; ce sont les conditions essentielles du développement du crédit foncier. Le système de la tradition privée, *Traditionstheorie* (1), n'est nullement propre à satisfaire à ces exigences. Sous ce régime, la preuve de la propriété est difficile et embrouillée. La livraison d'une chose immobilière ne se manifeste qu'entre les contractants et n'est connue que d'eux. Le résultat ne s'en traduit pas nécessairement à l'extérieur. » D'où l'on conclut qu'il faut revenir en arrière et maintenir à la puissance publique le droit d'ensaisiner.

Nous verrons, quand le moment sera venu d'apprécier le système romain, que ces inconvénients qu'on lui reproche peuvent très facilement être corrigés par un système de publicité simple, sanctionné par des *déchéances spéciales prononcées contre l'acquéreur occulte*, mais qu'il n'est nullement indispensable de renoncer par cela au principe même du transfert par la volonté privée. Il y a dans cet engoûment de l'école germanique pour les vieilles traditions germaniques des raisons sentimentales plutôt que des motifs positifs. L'Allemagne est le pays de naissance du romantisme et le romantisme, du moins à ses débuts, fut caractérisé comme une passion spéciale pour les antiquités germaniques (2). « *Nous*

(1) *A fortiori*, évidemment, le système du Code Napoléon, où l'aliénation n'a pas même besoin de se manifester par tradition corporelle, mérite-t-il cette critique.

(2) Nulle part mieux que dans l'*Allemagne* de Mme de Staël, on ne voit notée finement cette tendresse persistante des Allemands pour les antiquités du moyen âge, mal fondue encore avec la culture classique venue



*sommes machicoulis, et rien que machicoulis !* » disait spirituellement Théophile Gautier, pour exprimer cette passion « moyenâgeuse ». Il y a dans l'engoûment, si accentué en France même, pour le système de l'ensaisinement un peu de cet amour des machicoulis !

L'effort des germanistes est singulièrement énergique et tenace, mais il ne peut résister à la diffusion triomphante du droit romain. A l'occasion des diverses lois relatives au droit des biens, la lutte s'est renouvelée entre les deux écoles : c'est toujours au profit du droit romain qu'elle s'est terminée. Les lois prussiennes de 1872 ont réglementé la formalité de *l'inscription des actes de mutation sur des registres fonciers (Eintragung)*. Est-ce la tradition germanique ou la tradition romaine qui l'a emporté ? Les adeptes de l'école germanique voudraient y voir le triomphe de leurs idées chères ; mais le texte même des lois les condamne avec une complète évidence. Le droit prussien était en effet fondé sur les principes du droit romain : la volonté privée avait le pouvoir de transférer et de créer des droits réels. Le nombre de ces droits réels y était même très étendu. Le besoin de signaler au public des modifications intervenues dans les patrimoines amena la loi du 5 mai 1872. Cette loi, comme l'avait d'ailleurs fait en France la loi du 23 mars 1855, *ne retire pas à la volonté le pouvoir de créer le droit réel*, mais elle exige l'inscription (*Eintragung*) de l'acte sur les registres fonciers (*Grundbücher*). La formule du paragraphe 12, qui, sous la rubrique : *Von den dinglichen Rechten an Grundstücken*, pose

de la Grèce ou de Rome. « Les souvenirs de la Grèce, le goût des beaux-arts semblent y être arrivés par correspondance ; mais les institutions féodales, les vieilles coutumes des Germains y sont toujours en honneur » (Première partie, ch. II) et ailleurs, en parlant du Rhin : « Ce fleuve raconte en passant les hauts faits des temps jadis et l'ombre d'Arminius semble errer encore sur ces rivages escarpés » (p. 32).

le principe de la nouvelle formalité, présente même avec la formule employée par notre loi de 1855 une analogie indéniable. « *Dingliche Rechte an Grundstücken welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen* erlangen gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit und verlieren dieselbe durch *Löschung*. » De même, le paragraphe 73 de la « Grundbuch-Ordnung » du 5 mai 1872 est ainsi conçu : « *Beschränkungen der Verfügungsrecht des Eigenthümers, sowie auf einem privatrechtlichen Titel beruhende dingliche Rechte, welche an dem Tage wo dieses Gesetz in Kraft tritt ohne Eintragung rechtsgültig bestehen, müssen bis zum 1 October 1873 eingetragen werden, widrigenfalls sie dritten Personen gegenüber nicht geltend gemacht werden können.* » Achilles, dans son commentaire, reconnaît que ces formules *tendent à faire croire* que le droit réel existe *par le seul effet du contrat* et que la loi se borne à en paralyser, par faveur spéciale, l'efficacité à l'égard des tiers non prévenus par la solennité de l'inscription. « *Die Worte gestatten die Auslegung dass es dingliche Rechte ohne Rechtswirkung gegen Dritte gebe.* » Mais il en conclut, étant de l'école germanique, que « *die Fassung dieser Vorschrift bringt den Gedanken des Gesetzgebers nicht klar zum Ausdruck.* » La pensée du législateur serait conforme aux traditions germaniques d'après lesquelles, « *Dingliche Rechte welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen können nur durch Eintragung begründet werden.* » Il paraît que le projet officiel était conçu de manière à favoriser cette interprétation et que la formule du paragraphe 12 ne fut modifiée que pour des raisons très accessoires. Il faut pourtant reconnaître que cette modification fut radicale. Nous n'avons évidemment pas la compétence nécessaire pour nous prononcer plus catégoriquement pour ou contre cette allégation et, d'ailleurs, nous n'étudions pas le droit allemand avec l'intention d'en définir

la signification actuelle : nous ne le considérons que comme un fait historique ; nous y cherchons seulement la trace des divers filons intellectuels qui s'entrecroisent dans les législations du passé ou du présent en cette matière du transfert conventionnel des droits. Que la tradition romaine l'ait emporté, comme nous inclinerions à le croire, ou que ce soit la tradition germanique, il importe peu au fond : le seul point que nous voulions établir, c'est qu'il y a eu lutte entre elles, qu'il est possible de discerner les deux courants hétérogènes et que le courant romain semble avoir triomphé dans le cas présent. A la différence, d'ailleurs, des corps matériels, les conceptions morales peuvent se pénétrer. Peut-être les législateurs prussiens de 1872 n'ont-ils pas eu parfaitement conscience des deux conceptions différentes entre lesquelles ils avaient à opter. Avec le régime parlementaire, il ne faut plus s'attendre à trouver dans les lois l'unité ni la concordance parfaite de leurs parties. A la netteté des concepts techniques succède de plus en plus la vague ambiguïté des raisons sentimentales (1).

L'élaboration du projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne a fourni aux fervents des traditions germaniques l'occasion de nombreux manifestes. Ce n'est pas une lutte cantonnée sur le terrain spécial d'une matière déterminée : il s'agit de codifier tout le droit civil et c'est visiblement au profit des traditions romaines que l'unification va se faire. Aussi tous les fidèles de l'autre culte partent-ils en guerre à la défense de leur dieu. La plus ardente de leurs proclamations, c'est, à notre connaissance, celle du docteur Otto Gierke, professeur à Berlin, dans la préface à son étude critique du projet

(1) A ce point de vue et en se préoccupant uniquement des intérêts de la science juridique, on pourrait répéter l'adjuration bien connue de nos pères : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements ! »

officiel (*Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889). « *Ich bin in dem Kampf eingetreten weil mir ein hohes Gut unseres Volkes bedroht zu sein scheint, ein Gut in dessen Pflege mein Leben dahinfliesst : unser deutsches Recht !* » Il reproche au nouveau projet de n'être, en dernière analyse, qu'un *manuel de droit romain coulé en articles de loi*, « *ein in Gesetzesparagrafen gegossenes Pandektenkompendium* » et, à ce droit romain, il reproche alors son individualisme rigoureux, égoïste. Le docteur Gierke voudrait un Code plus socialiste, et il trouve l'esprit socialiste en vigueur dans les traditions germaniques. Quel singulier mirage produisent sur l'esprit les choses anciennes ! L'esprit germain n'est pas plus socialiste que l'esprit romain ; il est seulement plus fruste, plus barbare. C'est cette barbarie qui donne, à nos palais blasés, l'illusion d'une saveur délicieuse. Le droit romain est au droit germain ce que l'idée précise est à l'idée confuse, ce que le fusil est à la francisque de nos pères. Qu'on recherche, avec une curiosité d'archéologue ou une passion de poète, les vestiges de ces civilisations depuis longtemps évanouies, nul n'y contredira et nous avons pris nous-même un vif intérêt à ces esquisses rétrospectives ; mais qui songerait à faire combattre nos soldats avec les armes de nos musées (1) ?

(1) « Il y a dans la plupart des arsenaux des villes allemandes des figures de chevaliers en bois peint, revêtus de leur armure ; le casque, le bouclier, les cuirasses, les éperons, tout est selon l'ancien usage et l'on se promène au milieu de ces morts debout dont les bras levés semblent prêts à frapper leurs adversaires qui tiennent aussi de même leurs lances en arrêt. Le pays tout entier ressemble au séjour d'un peuple qui depuis longtemps l'a quitté » (Mme de Staël).

V, une idée analogue dans la Préface du *Meister Martin* de Hoffmann.

## SECTION IV. — Le droit romain en France.

Dans toutes les régions de la France où ne régnaient pas les formes archaïques du droit germanique, c'était le droit romain qui était en vigueur. On admettait, par suite, dans ces régions, que le *dominium* se transfère par la tradition réelle *ex justa causa*. Le principe de l'action Publicienne formait le droit commun ; la propriété prétorienne était devenue la forme ordinaire de la propriété. Diverses causes y avaient d'ailleurs contribué. La première de ces causes était que, dans les provinces, la *mancipatio per æs et libram* ou l'*in jure cessio* ne s'appliquaient qu'aux choses mobilières, le sol et les immeubles étant soustraits au *dominium* véritable : la propriété éminente du peuple romain ne laissait place qu'à une sorte de *droit réel d'usufruit ou de possession*. L'action Publicienne s'appliquait, au contraire, aux propriétés provinciales, aux *agri vectigales*. L'autre cause, d'un ordre plus général, a agi autant dans les pays où le sol était susceptible de *mancipatio* que dans les autres : c'était la loi même de *moindre effort*, qui fait expulser du sein des sociétés les formes d'action plus coûteuses quand d'autres formes plus faciles leur font concurrence. Une fois que le public eut à sa disposition un mode de transfert très pratique, très simple et aussi avantageux que les anciens, il renonça facilement à ceux-ci. Le *dominium ex jure Quiritium* tomba en désuétude ; il ne persista qu'à titre d'institution archaïque, et Justinien, par une constitution célèbre, supprima ce « jouet de l'antique subtilité », *antiquæ subtilitatis ludibrium*, qui faisait, disait-il, l'effroi des étudiants en droit de son temps.

Le transfert par tradition apparaissait donc comme le



mode normal de transfert et même comme le mode naturel. *Nihil est tam conveniens naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*, disait la loi 9, § 3, Dig., *de adquir. rer. dom.* Or la volonté de transférer n'est une volonté vraiment actuelle que quand elle se réalise et se traduit par une délivrance. Jusque-là peut-on dire que la volonté de transférer ait été actuelle ? C'était peut-être la volonté de transférer *in futurum* ou bien la volonté de s'obliger personnellement et non autrement à *rem habere licere* ; on ne pouvait, sans dépasser dans la sanction les limites de la volonté à sanctionner, opérer le transfert réel sur la base de ces uniques raisons (1).

Interprétant ainsi le principe de la nécessité d'une tradition pour opérer le transfert, l'ancien droit écrit devait, au reste, élargir comme le droit romain le concept de cette tradition. Le préteur voulait que la tradition fût opérée réellement, c'est-à-dire que l'*accipiens* fût réellement mis en possession. Le *constitut possessoire* était censé contenir une tradition. Mais l'*animus tradendi* pouvait se manifester par bien d'autres moyens, par des *symboles*. « La tradition *symbolique* est, dit Pothier,

(1) Le *Droit byzantin* ne porte la trace d'aucun effort qui aurait été fait pour modifier la législation romaine telle qu'elle résultait du Digeste. Le principe du transfert par tradition cessa d'attirer l'attention et cette question du transfert de propriété, après avoir été le problème capital du droit, tomba absolument dans l'ombre. « Les juristes byzantins, dit Zachariæ von Lingenthal (p.215 de la 3<sup>e</sup> édition de son *Histoire du droit gréco-romain*), semblent avoir considéré la doctrine du droit de Justinien sur la propriété, les moyens de l'acquérir ou de la perdre, pour si facile à comprendre qu'ils ne crurent même pas nécessaire d'en présenter dans les Codes postérieurs le moindre résumé ». Ni les *Basiliques*, ni l'*Ecloga*, ni le *Prochiron*, ni l'*Epanagogé* ne contiennent de chapitre spécial sur ce sujet. Le droit civil semblait devenu adéquat au droit naturel. Retarder le transfert jusqu'à la délivrance semblait absolument sans inconvénient. Il faudrait de nouvelles conditions sociales, une *accélération de la vie commerciale*, pour faire désirer un mode de transfert encore plus rapide, le transfert par la simple volonté privée du Code Napoléon.

celle par laquelle on remet entre les mains de la personne à qui on entend faire la tradition d'une chose, non la chose même, mais quelque chose qui la représente et qui met en son pouvoir la chose dont on entend lui faire tradition. Cette tradition est équivalente à la tradition *réelle* qui serait faite de la chose même » (Pothier, *Du Dom. de Prop.*, n° 199). Le droit romain admettait avec plus de difficultés cette tradition « symbolique » ; il craignait davantage de s'écarter du principe de la tradition réelle : Papinien voulait que, pour que la tradition, par exemple, des clefs d'un magasin, équipollât à la tradition des marchandises qui y étaient, elle se fit *in re præsentî*, à la vue du magasin. Pothier pense que, selon le droit de son temps, « en quelque lieu que les clefs aient été remises, pourvu que celui à qui elles sont remises sache où est le magasin, la tradition des marchandises qui y sont doit être censée faite ». *L'animus tradendi* peut se révéler comme *actuel* par d'autres faits. C'est ainsi que pour les choses de grand poids le droit romain classique déclarait déjà qu'il suffit que l'*accipiens* les marque, sans les emporter, pour que la tradition en soit considérée comme faite.

En somme, il faut que la *voluntas rem in alium transfereendi* se soit manifestée *en se réalisant*, il faut que l'aliénateur ait fait la délivrance actuelle, pour que le transfert légal soit opéré. Il s'agit d'examiner dans chaque espèce l'ensemble des circonstances pour voir s'il en résulte ou non une délivrance : la question est une question de fait (1).

C'est aux *mêmes principes* qu'il faut, croyons-nous, rattacher la nécessité qui existe en matière de transport de créance et qui exige, pour que le transfert soit complet, que

(1) « Les simples conventions ne peuvent que former des obligations et n'ont pas la vertu de transférer le domaine d'une personne à une autre si elles ne sont accompagnées ou suivies de tradition réelle ou feinte. » Pothier, *Introd. générale*, n° 102.

le débiteur ait reçu signification de ce transfert. Tant que le débiteur reste ignorant du changement de créancier, il peut valablement, de par la raison même, se libérer entre les mains de l'ancien. Dans ces conditions peut-on dire que la tradition soit complètement effectuée ? L'acquéreur n'est pas, en fait, *mis en possession exclusive* de la chose qu'il acquiert, comment le serait-il en droit ? Cette explication concorde très bien avec ce fait, admis dans l'ancien droit, que l'acceptation que le débiteur fait du transport équipolle à signification et opère transfert réel. Le débiteur intervenant ainsi dans la tradition, celle-ci est complète : *toute* la chose est *livrée* et, selon les principes du droit commun, cette livraison de fait saisit l'*accipiens* du droit immédiat sur la chose.

Supposez maintenant que, *lors de son obligation*, le débiteur ait déclaré d'avance accepter de payer *au titre* et seulement au titre, il ne sera plus nécessaire de le faire intervenir dans une cession qu'il a acceptée par anticipation : il suffira de la seule tradition du titre pour ensaisiner l'acquéreur cessionnaire. Pour les lettres de change et billets à ordre, il suffit que le titulaire qui veut céder passe son ordre au profit du cessionnaire au dos de la lettre ou du billet. Ainsi toutes ces hypothèses, qui semblent en dehors du droit commun, n'en sont en réalité que d'intelligentes applications.

La Révolution de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle eut pour résultat principal de mettre la terre dans le commerce au même titre que les autres biens. Elle abolit le domaine éminent du souverain et des seigneurs ; le cultivateur devint propriétaire souverain de sa motte de terre. Faciliter le commerce, l'encourager fut la préoccupation des révolutionnaires. On attendait tout de l'individualisme, pourvu que l'individualisme fût affranchi de toute tyrannie et de toute entrave non exigée par le salut public.

C'est dire que le mouvement révolutionnaire amena en matière juridique le triomphe complet des principes du droit romain sur le transfert de propriété. Ce ne fut pourtant que lors de la rédaction du Code général des Français, promulgué en bloc le 30 ventôse an XII, que le principe romain de la tradition réelle fut formellement abandonné au profit d'un principe bien plus audacieux et absolument nouveau, dans sa généralité du moins. Nous allons rapidement expliquer l'importance de cette innovation si importante. Elle n'est pas entrée dans le Code avec grande fanfare, puisque l'un des rédacteurs, y faisant allusion, dit qu'*il en a toujours été ainsi* (Bigot de Préameneu, *Rapport*). Elle y est entrée en quelque sorte subrepticement. Mais cela prouve que les temps étaient mûrs pour cette réforme et que les esprits y étaient tellement prêts qu'elle leur sembla ne pouvoir pas ne pas être.

**SECTION V. — Progrès du droit moderne vers le principe que tout juste titre saisit d'une action réelle. Le Code Napoléon.**

Le droit, comme la raison, voyage à petites journées. Les idées éclosent dans l'esprit de certains penseurs ; puis, après des siècles, quand une longue incubation les a rendues applicables, il suffit d'une occasion — parfois insignifiante — pour changer ces idées en lois sociales. Tel le fruit mûr que le moindre souffle fait tomber. La révolution terrienne de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle fut, en France, l'occasion qu'attendaient pour devenir lois sociales beaucoup d'idées mûries ainsi dans la conscience populaire. L'idée du transfert des droits réels par la seule volonté exprimée dans un contrat était de ce nombre.

Au commencement du XVII<sup>e</sup> siècle, Grotius s'élevait déjà, par la seule puissance de la spéculation philosophique, à la conception de ce grand progrès. Dans un des chapitres de son *De jure belli ac pacis* auquel nous avons fait déjà plusieurs emprunts (le chapitre VI du livre II), après avoir cité le mot d'Aristote : « On dit qu'une chose appartient à quelqu'un quand il a le droit de l'aliéner », il explique que deux éléments concourent dans l'aliénation, l'acte de celui qui donne et l'acte de celui qui reçoit. C'est alors qu'il ajoute ces paroles remarquables : *Ut vero etiam traditio requiratur ex lege est civili, quæ quia a multis gentibus recepta est jus gentium improprie dicitur. Sic alicubi usurpatum videmus ut professio apud populum, apud magistratum et relatio in acta requiratur : quæ omnia ex jure esse civili certissimum est.* Et rappelant ailleurs cette remarque (Ch. VIII, §§ 25 et 26, du même livre II) il fait cette belle déclaration : *Hæc ideo annotavimus ne quis reperta juris gentium voce apud Romani juris auctores statim id jus intelligat quod mutari non possit : sed diligenter distinguat naturalia præcepta ab his quæ pro certo statu sunt naturalia et jura multis populis seorsim communia ab his quæ societatis humanæ vinculum continent.*

En considérant, en effet, les choses d'un point de vue plus élevé, cet élément corporel, la tradition effective, quelque large qu'en fût le concept, devait être éliminé du droit des transferts. Il fallait, d'une part, exiger sans doute que la volonté d'aliéner se manifestât d'une manière non équivoque ; mais, d'autre part, une fois la manifestation de volonté fournie, il était peu philosophique d'exiger qu'elle se traduisit par un fait corporel : ce fait corporel était le dernier lien qui rattachât l'individualisme au formalisme ; il fallait couper ce lien.



Le Code Napoléon a réalisé en ce sens un progrès absolument original. Jamais, dans aucune législation positive connue, l'action réelle n'avait reçu une aussi large extension. Il est impossible d'aller plus loin dans cette voie que ne l'ont fait les législateurs de 1804.

Nous avons, dans la première partie de ce travail, étudié les grandes lignes du système adopté par le Code Napoléon en ce qui concerne les effets purement obligatoires de l'obligation de donner. Les articles 1136 et suivants définissent cette obligation comme une obligation « de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison à peine de dommages et intérêts envers le créancier ». Ils contiennent, ainsi que nous l'avons indiqué, une très importante innovation, puisque, par l'effet de cette convention de livrer, la chose qui en est l'objet est définitivement *acquise* au créancier. Comme l'article 1583 le dit d'une manière encore plus explicite, dès le moment où le contrat est définitivement formé, la propriété est « acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur ». Tandis qu'en effet, sous la législation antérieure au Code Napoléon, l'effet de l'obligation n'était que relatif et précaire, puisque son efficacité pouvait être mise en échec par une aliénation postérieure, si celle-ci était réalisée par tradition, sous le régime du Code Napoléon, le bénéficiaire de l'obligation de livrer a *droit acquis* à la chose ; nul acte postérieur ne peut faire échec au bénéfice de ce droit.

Mais ce droit, dont nous parlions alors, n'est pas le *jus in re* ; c'est seulement le *jus ad rem in personam*, c'est un droit fondé exclusivement, on s'en souvient, sur une obligation officieusement quoique définitivement contractée *de rem habere licere*. C'était uniquement au point de vue des *effets contractuels* de l'acte que le Code nous déclarait la propriété « acquise de droit à l'acheteur ». Et pour bien montrer que

tel était son point de vue, l'article 1583 a dit expressément que la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur. Cette façon de s'exprimer a parfois été interprétée comme une restriction à l'effet définitif du contrat de livrer. Après avoir déclaré que le stipulant a *droit acquis* à la chose, par la seule vertu de son obligation, le Code aurait immédiatement nié ce qu'il venait d'affirmer et aurait à la fin maintenu le régime formaliste. Les effets de l'obligation auraient été seulement précaires à l'égard des tiers et des contrats postérieurs. La jurisprudence a, avec raison, repoussé ces interprétations. Elle a courageusement accepté le principe du *droit acquis* posé par le Code. Elle a décidé que *erga omnes* le bénéficiaire de l'obligation de livrer reste toujours premier en droit, s'il est premier en date.

Mais, comme on le voit, ce n'était pas résoudre absolument toute la difficulté. Une fois admis que l'obligation de donner dépouille pratiquement l'obligé du droit de disposition de sa chose ; une fois admis que cette chose n'est plus dans ses biens, restait à savoir si cette obligation faisait aussi sortir officiellement la chose de la *manus légale*, du *mancipium* si l'on veut, de l'obligé, si cet obligé perdait le *jus in re*, s'il cessait d'être *propriétaire* et d'avoir l'*actio in rem*, et si le bénéficiaire de l'obligation acquérait cette action réelle directe *a persona in rem*. Quoique pratiquement dépouillé, l'obligé était-il *dessaisi* ou si l'on nous permet l'expression « désensaisiné », dévêtu, si l'on préfère ? La propriété *acquise*, en ce sens, à l'égard du vendeur l'était-elle aussi à l'égard de tous ?

Cette question nouvelle trouvait son application dès qu'il s'agissait de fixer la nature de l'action à naître à la suite d'une obligation de donner. Était-elle réelle ? Était-elle seulement personnelle ? Il fallait le savoir, car les actions réelles ne s'intentent pas selon les mêmes règles de compétence

que les actions personnelles. C'est à l'occasion de procès de compétence que la jurisprudence a été ainsi amenée à statuer sur la qualification juridique à donner aux actions nées de contrats par lesquels une partie s'engage envers une autre à lui laisser avoir un corps certain.

La doctrine s'est profondément divisée sur la question (1). Selon les uns, le Code s'est borné à assurer l'*efficacité absolue* du *titulus ad adquirendum* consistant en un droit à délivrance, un droit à la *vacua possessio erga dominum ex jure Quiritium*, mais il n'a pas transformé, *nové*, comme nous l'avons dit, l'action *personnelle* en action *réelle*. L'action résultant du contrat purement consensuel est *toujours personnelle*.

Selon les autres l'action est dans ce cas *réelle*. Dans l'exposé de cette opinion, une distinction doit être faite. Certains pensent que l'action peut être *personnelle* quand elle s'intente contre le vendeur ou plus généralement l'obligé à livrer; mais ils refusent de se contenter, pour cette action, d'une telle qualification quand l'action est intentée contre un tiers détenteur de la chose. Comment concevoir une action *personnelle*, fondée par essence sur un simple rapport officieux d'obligation qui rejaillirait sur des tiers étrangers au contrat? C'est l'essence de l'action *personnelle* d'avoir un effet tout relatif; c'est, au contraire, l'essence de l'action *réelle* de pouvoir être dirigée contre tout possesseur. Le Code Napoléon a donc été contraint de conférer par privilège et *utilitatis causâ* à l'action née du contrat de livrer un caractère réel quand le *reus* y est un tiers. Mais d'autres juristes n'ont pu admettre cette métamorphose automatique de la même action en *personnelle* ou *réelle* selon les besoins de la cause : l'action est

(1) Carré, *Lois de la compétence*, tome I, p. 476; — Pigeau, tome I, p. 81; — Poncet, *Traité des actions*, p. 188 et suiv.; — Duvergier, *Vente*, tome I; — Ducaurroy, *Instit. expliquées*, 4, 6, § 20.

toujours réelle, si l'*actor* le veut, c'est-à-dire qu'en somme le Code Napoléon a, non seulement assuré très énergiquement l'efficacité de l'obligation de donner par le principe du droit acquis à l'égard de l'obligé ou de ses ayants cause, mais encore qu'il a mis à la disposition de l'acquéreur *un moyen nouveau de sanction s'ajoutant à l'ancienne action personnelle; ce moyen, ce serait l'action réelle* (1). L'acquéreur a donc toujours le choix entre deux actions, l'une réelle, l'autre personnelle.

C'est ce dernier système que la jurisprudence a adopté (V. par exemple, arrêts de Cassation du 2 février 1809, du 31 mai 1837), et qui est universellement admis aujourd'hui. Nous le croyons exact et ne songeons nullement à le mettre en doute. Mais comme il s'agit de l'une des innovations les plus remar-

(1) Il semble évident que, si l'acquéreur par simple contrat a un *jus in re*, l'action est réelle; si le contrat ne lui confère qu'un *jus in personam*, l'action est personnelle. M. Laurent a cependant émis là-dessus une singulière doctrine qui semble ne pas même mériter réfutation. Selon lui (*Principes*, tome V, p. 601), l'action en délivrance est personnelle *précisément parce que l'acheteur tient du simple contrat un jus in re* ! En effet, dit-il, puisque la propriété est transférée par le contrat, l'action ne peut tendre à exiger ce transfert, elle exige seulement du vendeur un fait, la délivrance; donc elle tend à une simple prestation personnelle. D'où M. Laurent conclut que l'action en délivrance contre l'opinion générale est *mobilière*, précisément parce que la vente confère un droit réel ! Mais, puisque l'acheteur a un droit réel, qu'a-t-il besoin d'invoquer des obligations contractuelles et n'est-il pas plus simple d'admettre que, dès lors, son action, même dirigée à fin accessoire de délivrance contre le vendeur, est *l'action en revendication véritable* ? Le but de la loi qui confère le *jus in re* par l'effet du contrat conclu est précisément (si tant est que nous adoptions cette opinion) de supposer intervenue la prise de possession et de conférer « *ipso consensu* » la *défense possessoire*. L'acquiescement au contrat est, de la part du vendeur, une *tradition* contre laquelle le refus de délivrance est ensuite un retour offensif à repousser par la revendication. L'action en délivrance est donc, si l'on admet que le Code Napoléon a attribué au consentement pur et simple le pouvoir translatif, une forme de la revendication, c'est une action *réelle*. C'est un sophisme de soutenir le contraire.

quables de notre législation, innovation exaltée parfois sur un ton de dithyrambe par les admirateurs du Code qui nous régit, innovation aussi qui donne à la législation française une physionomie absolument originale parmi les législations fondées sur d'autres principes, il n'est pas inutile d'examiner quel est exactement le rapport entre cette interprétation jurisprudentielle et l'esprit, comme la lettre, de la loi. Il y a d'ailleurs longtemps que le caractère très contingent et même, pourrait-on dire, subreptice de cette innovation tant vantée a été mis en lumière. Un des maîtres de la science juridique en France, M. Huc, a même été jusqu'à condamner, comme une étourderie maladroite, et par surcroît funeste, de nos législateurs cette violation des plus vieilles traditions scientifiques. Sans adopter entièrement ces conclusions trop sévères, il faut cependant tenir compte des motifs qui les ont dictées. Ni vue générale, ni étourderie, l'innovation du Code Napoléon est simplement un perfectionnement de la technique juridique qu'exigeaient la rapidité et la sécurité des transactions sociales, et que les rédacteurs de nos Codes, faisant preuve ici, comme ailleurs, d'un sentiment très net des besoins vitaux de la société, auront l'éternel honneur d'avoir reconnu comme, sinon indispensable, du moins comme opportun.

Il faut d'abord reconnaître que le principe de l'action réelle n'est nullement impliqué dans le principe du droit acquis. L'action personnelle suffirait à assurer l'effet de ce droit acquis, même contre les tiers détenteurs. C'est à tort qu'on alléguerait contre les défenseurs du principe de la pure action personnelle une prétendue impuissance de cette action *en dehors des rapports entre contractants*. Bénéficiaire d'une obligation de livrer une chose, je puis d'abord et incontestablement en cette qualité agir contre le propriétaire réel ou ap-



parent qui s'est obligé envers moi dans ces termes. L'objet de mon action, on s'en souvient, c'est d'obtenir la *vacua possessio* conformément au titre. Qu'un tiers maintenant se trouve en possession de la chose, j'agirai contre lui en me prétendant autorisé à jouir par le *verus dominus* : je mettrai en mouvement contre ce tiers un titre *officieux* aux termes duquel je puis *habere rem* et me défendre dans cette jouissance ; je serai dans la situation d'un *procurator in rem meam* jusqu'à ce que j'acquière un droit personnel et direct sur la chose. Je ne suis pas saisi en mon propre nom : il n'y a pas eu *cession-transport*, comme on disait autrefois en matière de cession de créances ; mais il y a eu *cession-mandat*. Mon action, quoique fondée sur un simple rapport d'obligation, peut à ce point de vue faire sentir aux tiers l'énergie des droits de mon cédant, lequel, quoique n'étant pas encore *auctor* d'un transport officiel, l'est au moins d'un transport officieux. De par le contrat, je dois être comme propriétaire, tout doit se passer comme si je l'étais, les chances de gain et les risques sont pour moi ; je suis *quasi dominus* et les tiers doivent respecter *la volonté du dominus* légal qui a créé en ma faveur ce *quasi dominium*, émanation du sien.

Le droit acquis à la chose pourrait donc être efficacement sanctionné par une action qui resterait toujours personnelle dans son essence et ne serait jamais *novée* en une action directe *in rem*. La question par suite est de pure interprétation historique. *En fait*, le Code Napoléon a-t-il rendu réelle l'action à naître du simple contrat ? Comment a-t-il été conduit à cette innovation et comment y est-elle formulée ? Ces questions ne peuvent faire doute.

Il résulte nettement des expressions dont se sert Portalis pour justifier l'article 1138 du Code que l'intention du grand jurisconsulte fut de créer une action *réelle* au profit du con-

tractant. Il déclare que l'innovation de la loi consiste à admettre que le contrat opère une sorte de *tradition civile* : or, comme on sait, la tradition, selon le droit alors régnant, opérerait l'investiture et donnait à l'*accipiens* une action réelle. Il est donc impossible de méconnaître que l'innovation du Code ne soit autre chose et plus qu'un perfectionnement *entre parties*, à l'égard des *tiers* contractant postérieurement, des effets du contrat. C'est une *fiction de tradition* établie spécialement par la loi.

Il est intéressant de noter que c'est par une *fiction d'usucapio* que le préteur romain avait pu donner au *simple accipiens* une action réelle. Maintenant, par une fiction nouvelle, le simple contractant est assimilé à celui qui a reçu tradition réelle de la chose. Ainsi le droit, comme la nature, ne fait point de sauts, *non facit saltus* ! Les perfectionnements s'engendrent les uns les autres, poussent les uns sur les autres par une végétation ininterrompue ! « Les Codes des peuples se font avec le temps, disait Portalis ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ».

Quant à trouver dans le Code même une déclaration expresse à l'appui du principe de l'action réelle, il y faut, croyons-nous, renoncer. Tout ce qu'il dit de l'effet de l'acte de disposition peut s'interpréter comme un perfectionnement des effets contractuels de cet acte, pour le rendre définitif à l'égard des ayants cause postérieurs du vendeur, mais l'effet de ce perfectionnement n'engendre action qu'*entre parties*. L'article 1303 serait même un argument très fort pour limiter là l'effet de l'article 1138. On pourrait invoquer aussi l'article 1867 (V. Zachariæ, *Handbuch*, § 180, note 2).

Que faut-il maintenant penser de l'opportunité elle-même de la fiction ? M. Huc la juge très sévèrement : « Au point de vue scientifique, dit-il (*loco citato*, p. 41), la décision qui sup-

prime la nécessité de la tradition et déclare la propriété transférée par le seul consentement *a créé une cause d'infériorité pour le droit moderne à l'égard du droit romain*. L'analyse juridique est, en effet, devenue pénible, embarrassée. Tandis qu'à Rome, il était toujours facile de distinguer entre les droits réels et les droits de créance, à cause de la différence qui séparait si profondément le *titulus ad acquirendum* du *modus acquirendi*, en France, au contraire, ces deux choses paraissent souvent confondues. Il arrive parfois que, le même sujet se trouvant *investi de deux actions en même temps*, les écrivains n'en voient qu'une qu'ils considèrent tantôt comme réelle, tantôt comme personnelle : toute bonne terminologie devient difficile et la langue du droit perd sa précision. » Cette critique n'a, on le voit, qu'une valeur très relative : il suffit de se mettre en garde contre cette confusion qui, après tout, comme nous l'avons montré, n'est pas inévitable. Il y a désormais deux actions à résulter de l'acte consensuel de disposition ; il est possible de les séparer, de les étudier isolément, comme nous avons essayé de le faire. La science juridique n'a donc rien à perdre en cela de sa précision. Les jurisconsultes romains eux-mêmes redoutaient-ils de troubler la netteté des concepts du droit quand ils multipliaient le nombre des moyens utiles destinés à perfectionner le droit strict ? Ces innovations ne servaient au contraire qu'à donner à leur science plus de rigueur encore. Il doit en être de même pour l'innovation du Code Napoléon. L'analyse menacée de confusion doit devenir, par l'effet de cette menace même, plus attentive et plus serrée (1).

(1) Dans ses observations sur le projet de notre Code, le tribunal d'appel de Paris regretta expressément aussi que ce projet ne maintint pas la distinction usuelle entre *le droit à la chose* et *le droit dans la chose*. V. Fenet, tome V, p. 212.

## SYNTHÈSE ET CONCLUSION

### RÉGIME MODERNE : EFFET MIXTE DE L'ACTE DE DISPOSITION DESIDERATA NOUVEAUX : LA PUBLICITÉ DES ALIÉNATIONS

---

#### CHAPITRE PREMIER

##### LES INCONVÉNIENTS DE L'INDIVIDUALISME EN MATIÈRE D'ALIÉNATION.

##### — REMÈDES URGENTS.

SOMMAIRE. — L'individualisme absolu ; ses inconvénients. Moyen de les corriger sans renoncer aux progrès acquis. — Origines de la publicité. Montrer que cette idée ne se trouve qu'accessoirement dans les formalités d'ensaisinement. Elle appartient aux régimes individualistes. Superstition consistant à attribuer au droit germanique des mérites imaginaires. La solennité de l'ensaisinement n'était pas fondée sur la préoccupation de l'intérêt des tiers. — La publicité dans l'ancien droit. Edit de Colbert (1673). — Les lois révolutionnaires. Lois du 9 messidor an III et du 4 brumaire an VII.

Les pouvoirs juridiques de la volonté privée ont atteint avec le Code Napoléon leur plus large extension, puisque le *status rerum* est devenu adéquat à la volonté des individus. Chaque mouvement, chaque pulsation, pourrait-on dire, de cette vo-

lonté se répercute fidèlement dans le *Sachenrecht*, se fige parmi les choses en résultats objectifs. Tout droit acquis *est réel* dans la mesure où il est juste et *n'est réel* que dans la mesure où il est juste. La forme des droits réels est la même que celle des *tituli ad acquirendum*.

Mais, comme nous le faisons pressentir dans l'introduction de ce travail, le mouvement individualiste ne se suffit pas à lui-même. Il déchaîne des activités, et par là-même, il dégage de formidables réserves d'énergie et d'immenses puissances de progrès : c'est là son mérite et sa gloire. Il l'a surabondamment prouvé, certes. Mais, par là aussi, déchaînant des activités, il déchaîne la concurrence, la guerre loyale ou déloyale, la guerre à mort, la course à la fortune par-dessus les cadavres des écrasés : c'est là son crime — et on le lui a certes assez reproché. L'individualisme ne se suffit pas ; il faut le corriger par du socialisme, c'est-à-dire par de l'assistance mutuelle. Et ce socialisme, si les volontés individuelles ne savent pas se l'imposer chacune pour son compte, il faut que la collectivité en tant que collectivité le leur impose d'office, de par la loi de salut public qui est la loi suprême. *Salus populi suprema lex !*

Améliorer l'individualisme soit directement par l'éducation des volontés individuelles, soit par la voie de la contrainte sociale et de la réglementation, c'est l'œuvre à laquelle ce siècle se consacre vaillamment. Nous n'avons pas à étudier tout l'ensemble de ce mouvement, nous ne le considérerons que dans une de ses formes, l'une des vagues de ce grand courant. Ce n'est certes pas la plus bruyante ; c'est au contraire la plus humble dans son allure. Réglementer dans l'intérêt public les formes du déplacement de la propriété semble, en regard des grands programmes humanitaires, un socialisme bien peu compromettant et plutôt égoïste.



Nous le reconnaissons ; mais l'égoïsme humain s'accommodera-t-il jamais d'une organisation qui lui ferme à toujours les grands horizons de l'inégalité opiniâtrement conquise, mais brillamment rétribuée ? L'expérience est à tenter, mais elle est douteuse et l'humanité peut y gaspiller des trésors précieux d'activité. Au contraire, régler l'individualisme pour en rendre le développement plus régulier, le jeu plus franc, c'est une œuvre absolument bonne : c'est l'objet auquel se rattachent les réglementations dont nous allons parler.

Elles présupposent établi le droit de disposition, elles n'attendent nullement à la propriété privée sanctionnée par la révolution de la fin du siècle dernier ; elles ne touchent qu'à l'exercice d'une des facultés inhérentes au concept de cette propriété. Nous n'attachons à la publication des actes de transfert de la propriété aucune idée féodale d'ensaisinement. L'individu est connu comme ayant pouvoir de disposer et même de déplacer le droit réel par son acte de volonté officieusement manifesté. Il s'agit non d'*empêcher* la création du droit réel, mais de faire, pour des raisons et dans des cas déterminés, échec à ses conséquences. Quoi qu'on en ait dit outre-Rhin, il n'y a rien là qui répugne à l'idée du droit réel : il existe, mais on en conditionne l'effet utile.

Le *desideratum* le plus modeste, mais en même temps le plus impérieux, dans les limites de ce qu'il exige, c'est la *publicité*.

C'est un thème bien banal que celui des inconvénients à résulter de la clandestinité des aliénations : nous n'y insisterons pas longuement. La clandestinité des aliénations, c'est le mystère continuel dans les patrimoines, et, à la faveur de ce mystère, la fraude peut se développer à l'aise. Rien n'empêche de revendre ce qu'on a déjà vendu, puisque rien, sinon la base de frères témoignages, ne donne la cer-

titude absolue sur la constitution véritable du patrimoine. La fraude étant possible, la confiance mutuelle, base du commerce social, diminue ; le commerce se resserre timide-ment. Le résultat final est une diminution de l'activité sociale et par suite un ralentissement du progrès.

Personne ne met en doute les avantages de la publicité. La clarté n'a jamais été un mal, sinon pour les mauvaises spéculations qu'abritent les ténèbres. *Mehr Licht, Mehr Licht* ! Plus de lumière ! Plus de lumière ! c'est le mot de Goethe mourant ; il pourrait servir d'épigraphe à toutes les études sur la publicité dans le Droit (1).

La question de publicité a pris, dans ce siècle finissant, une importance prépondérante : mais elle n'est pas sans avoir attiré l'attention des siècles antérieurs. L'idée de la publicité n'était pas absolument étrangère à la conception des modes solennels d'acquisition, quoique leur motif principal fût dans les raisons théoriques que nous avons analysées. Cette idée n'y était qu'à titre très accessoire. La preuve, c'est qu'elle fut négligée dans le mouvement individualiste où sombrèrent les formalités d'investiture. A la fin de l'Empire romain, on voit bien apparaître une formalité qui ressemble aux formalités de publicité. C'est l'*insinuation des donations*. Ce n'était certainement pas une formalité d'investiture : le déplacement réel était alors dans les pouvoirs de la volonté privée : la tradition seule était requise conformément à la

(1) Selon la comparaison ingénieuse et devenue classique de M. Accarias (*Précis de droit romain*, I, p. 669), à quoi sert de perfectionner le mécanisme de l'horloge, s'il n'y a pas de cadran pour marquer les heures ? Les avantages de la publicité n'existent pas seulement en matière d'aliénations, mais aussi en matière d'incapacités personnelles. La loi du 16 mars 1893 a perfectionné en ce sens l'article 501 du Code civil. En viendra-t-on aux *casiers* et aux *livrets d'état civil* ? Tout permet de le croire.

doctrine de l'action Publicienne. De plus, l'insinuation n'est pas requise seulement pour les donations par transfert de propriété, mais pour tous actes juridiques inspirés par une intention libérale, dont l'objet dépasse une certaine valeur variable selon les époques (300 à 500 solidi d'or). Mais c'est à tort qu'on rattacherait cette formalité à la préoccupation d'assurer la limpidité des patrimoines. Les constitutions impériales (34 et 35, Code, 8, 53), qui visent cette réglementation, révèlent une autre préoccupation : c'est le souci d'opposer une barrière aux donations excessives en imposant à la volonté une *épreuve supplémentaire*. Les donations que la loi impériale voit avec faveur sont dispensées de la formalité.

La publicité ne pouvait se révéler comme un véritable besoin social, indépendant de toute considération étrangère, que dans les sociétés commerciales. Une société non commerciale ou, du moins, dont le commerce ne constitue pas l'occupation normale, peut se contenter d'édicter des peines contre la fraude en matière d'aliénation. Le droit romain avait l'*actio auctoritatis* (1) : elle suffisait à réprimer et à menacer. Mais réprimer et menacer ne sont que des moyens indirects d'empêcher le mal : mieux vaudrait le rendre impossible par des réglementations directes. C'est ce que doit comprendre bientôt une société qui fait l'expérience des inconvénients de la clandestinité des aliénations.

C'est donc dans la puissance suggestive de la nécessité, de l'ingénieuse nécessité ! qu'il faut chercher l'origine véritable de l'idée de publicité (2). Nous préférons cette dérivation à

(1) Cette action est analogue à l'action pour stellionat.

(2) Pour empêcher que le caractère occulte de l'hypothèque ne trompât les créanciers postérieurs, les Grecs semblent n'avoir trouvé d'autre expédient que celui d'obliger le débiteur à planter sur l'héritage ainsi affecté un poteau indicateur des sommes pour lesquelles l'immeuble était engagé. V. sur ces *ᾠροί*, Dareste, *Les inscriptions hypothécaires en Grèce*,

celle que propose M. Laurent et qui consiste à faire descendre les systèmes de publication des aliénations des formalités d'investiture du droit germanique ou des ensaisinements solennels du droit féodal. L'idée de la saisine solennelle du droit réel et l'idée de la publication de l'aliénation sont deux idées hétérogènes, entre lesquelles il ne peut y avoir de filiation. Celle-là peut vivre et s'éteindre par le développement de l'individualisme — nous en avons vu l'exemple dans le droit romain — sans donner naissance à celle-ci. L'idée de la publicité est le produit d'une préoccupation nouvelle qui apparaît quand les pouvoirs juridiques de la volonté privée ont fini leur évolution, d'une préoccupation supplémentaire d'utilité sociale, préoccupation *antagoniste*, nous l'avons vu, à la préoccupation qui dirigeait le progrès de l'individualisme. Loin donc que ces concepts soient semblables, ils sont contraires. Leur similitude ne consiste que dans des analogies accidentelles et superficielles. Si on pénètre dans les motifs directeurs, l'hétérogénéité éclate aux yeux et l'on ne peut nullement dire que « le *nantissement* coutumier n'est autre chose que la *transcription* des lois modernes ». M. Laurent d'ailleurs reconnaît cette hétérogénéité des deux concepts. « Est-ce que, dit-il, nos ancêtres des forêts de la Germanie songeaient aux nécessités du crédit, en imaginant des formes palpables qui donnaient une espèce de publicité à la transmission des immeubles ? *Non certes*, pas plus que les barons féodaux ne songeaient aux intérêts des tiers en *dessaisissant* le propriétaire qui aliénait un immeuble et en *ensaisinant* l'acquéreur ? » C'est formel ; les pages précédentes ont montré quelle était la pensée directrice qui présidait à ces investitures ou ces saisines. Mais M. Laurent voit dans cette filia-

Cf. aussi Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, pp. 19 et suiv.

tion incompréhensible une forme de l'action miraculeuse de la Providence. « Ce n'est pas aux Germains, ce n'est pas aux seigneurs féodaux que nous devons ce bienfait ; *ne serait-ce pas à Dieu ?...* » Ce genre d'explication nous dépasse ; les phénomènes positifs sont la seule matière de la science et le seul objet de nos recherches : or, phénoménalement et non métaphysiquement parlant, et de l'aveu même de M. Laurent, les saisines germaniques ou féodales et les systèmes modernes de publicité n'ont rien de commun. Au delà, c'est le miracle : nous n'y entrerons pas.

C'est à tort aussi, par conséquent, que M. Laurent attribue au droit germanique à ce point de vue une supériorité qui aurait manqué au droit romain. Le droit romain *a passé par la phase des saisines solennelles* : c'était le régime de la *mancipatio per æs et libram*, de la *cessio in jure*. Mais il a dépassé ce régime pour arriver au régime individualiste de la Publi-cienne. C'est dans cet état qu'il a rencontré le droit germanique lequel était encore embarrassé dans des formes plus archaïques. Ces formes ont disparu au contact du droit plus individualiste du préteur romain. Il ne faut pas entonner en leur honneur un dithyrambe, comme si elles avaient miraculeusement révélé au droit romain une idée qui, malgré sa supériorité, lui aurait échappé. La vérité n'est pas venue de la barbarie ; elle est venue du progrès des idées et des besoins.

La publicité est donc bien un perfectionnement du droit romain : la création de l'action publicienne était un premier progrès, l'article 1138 du Code Napoléon est un autre progrès, et la loi de 1855 se range à la suite de cette série linéaire de progrès qui, de siècle en siècle, nous conduit de la *mancipatio per æs et libram* des vieux *Quirites* agriculteurs aux aliénations fiévreuses de ce siècle commerçant et



spéculateur. A chaque temps, ses mœurs ! et à chaque genre de mœurs, sa législation appropriée ! Le Droit n'est qu'un système de mœurs figées en lois. Pourquoi refuser au droit romain le pouvoir de se perfectionner, alors qu'on accorde très libéralement ce pouvoir au droit coutumier ? « Le vrai droit, le droit vivant, c'était le droit coutumier », dit Laurent. Pourtant, les usages ne sont-ils pas par excellence inertes et persistants ? Quelle plus grande force d'inertie que celle des coutumes non écrites, alors qu'un texte écrit est si facile à perfectionner ! Il ne faut pas exalter le droit germanique, comme s'il avait apporté dans les sociétés modernes le libéralisme et la vie : c'est le droit romain qui leur a donné et infusé ces deux ferments de progrès. L'instinct des peuples ne s'y est pas trompé. L'enthousiasme avec lequel le droit romain a été accepté par eux, la victorieuse rapidité avec laquelle il s'est partout propagé est la meilleure preuve de sa supériorité. Les peuples ont reconnu en lui non le droit « mort », mais le droit vivant par excellence.

Maintenant que nous avons combattu et écarté la superstition qui humiliait si profondément le droit romain, au point de le qualifier d'*ignorance écrite*, pour exalter si injustement le droit germanique, nous reconnaitrons sans difficulté que les besoins nouveaux appelaient la publicité comme complément des progrès antérieurs. Nous reconnaitrons aussi que c'est dans les « communes » que l'on vit apparaître les premières manifestations de ce progrès final, parce que le besoin de ce progrès s'est aussi fait sentir là tout d'abord, à cause de l'activité commerciale dont les villes au moyen âge étaient le siège particulier. La publicité y est apparue peut-être comme conséquence supplémentaire et, en quelque sorte, non cherchée, du principe du nantissement. Puis, quand le nantissement a été supprimé, la publicité s'est révélée comme

un *desideratum spécial*, et indépendant du nantissement. De là vient la filiation apparente qui rattache les formalités de publicité aux formalités de nantissement qui pourtant sont si différentes par leur esprit.

Déjà avant l'abolition du régime de nantissement, Colbert avait été frappé des avantages de ce régime au point de vue de la publicité, avantages, nous le répétons, étrangers à l'essence de ce régime. Il essaya de les transporter dans le régime de l'investiture par *nuda traditio* en vigueur dans la plus grande partie du royaume. Il songeait principalement à remédier aux inconvénients de la clandestinité en matière hypothécaire, clandestinité plus redoutable en cette matière que dans les autres, puisque la diminution du patrimoine ne se traduisait même pas par le fait corporel du déplacement de la possession. L'édit de 1673 révèle en son préambule la préoccupation d'imiter et de « perfectionner par une disposition universelle ce que quelques coutumes avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements ». C'était bien la publicité qui se détachait du nantissement et se transportait, à titre d'élément indépendant, dans le régime du transfert officieux. Elle s'y superposait aux principes purement juridiques à titre de réglementation d'intérêt public (1).

(1) Henri III, par un édit de 1581, avait voulu établir la publicité de tous les actes intéressant le patrimoine. Mais l'édit fut révoqué par l'édit de Chartres de 1588, art. 10. Voici le préambule de l'édit de mars 1673 : « L'amour paternel que nous avons pour nos sujets nous obligeant de pourvoir à leurs intérêts particuliers et l'application que nous y avons apportée nous ayant fait connaître que la conservation de leurs fortunes dépend principalement d'établir la *sûreté dans les hypothèques* et d'empêcher que les biens d'un débiteur solvable ne soient consumés en frais de justice, *faute de pouvoir faire paraître sa solvabilité*, nous n'avons point trouvé de meilleur moyen que de rendre publiques toutes les hypothèques et de perfectionner par une disposition universelle ce que quelques coutumes de notre royaume avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements. C'est pourquoi nous avons résolu d'établir des

L'édit dut être révoqué l'année suivante par suite, dit-on, de la crainte qu'éprouvèrent les grands personnages en présence d'une réglementation qui révélerait au grand jour l'état délabré de leurs patrimoines.

L'idée d'étendre aux pays de droit écrit les avantages de la publicité fut reprise par la Révolution. Par la loi du 19 septembre 1790, le nantissement, dans les pays où il était en vigueur, avait reçu une forme nouvelle : la transcription des actes au greffe du tribunal de la situation des biens. Les justices seigneuriales avaient en effet été supprimées et la Constituante avait dû les remplacer, dans la fonction de *réalisation* qu'elles remplissaient, par des organes nouveaux. Cette loi ne supprimait pas le principe du nantissement ; mais ce principe s'effaçait de lui-même, éclipsé par le grand courant d'individualisme qui entraînait toutes les institutions. Le droit écrit se répandait dans toute la France en même temps que l'esprit de rénovation. Le souvenir se perdait des formalités d'investiture : le droit de disposer et de déplacer le droit réel entraînait franchement dans les pouvoirs de la volonté individuelle. De sorte qu'il ne resta plus du régime de nantissement que le principe de publicité, résidu extrinsèque de ce régime. La loi du 9 messidor an III sur le régime hypothé-

*greffes d'enregistrement dans lesquels ceux qui auront des hypothèques pourront former et faire enregistrer leurs oppositions et, ce faisant, seront préférés à ceux qui auront négligé de le faire ; et, par ce moyen, on pourra prêter avec succès et acquérir sans crainte d'être évincé ; les créanciers seront certains de la fortune de leurs débiteurs et ne seront ni dans la crainte de les voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller ; et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans leur possession par des charges ou hypothèques antérieures. »* L'édit contient beaucoup de principes qui se retrouvent dans la législation actuelle. Les hypothèques des mineurs, des femmes sont dispensées d'inscription. Seulement les petites sommes sont dispensées d'enregistrement et les inscriptions, à condition d'être faites dans les quatre mois, ont effet rétroactif.

caire révèle nettement, à la fois, l'esprit individualiste et la préoccupation de publicité. En ses 279 articles elle est un vrai Code de la publicité, en même temps qu'elle systématise les principes du droit écrit sur le transfert de la propriété. Elle facilite le commerce des biens; mais elle le rend public, lumineux, en quelque sorte. Enfin la loi du 4 brumaire an VII apporte la réglementation la plus complète qui ait précédé le Code Napoléon et la loi de 1855, auxquels nous avons hâte d'arriver.

## CHAPITRE II

LA PUBLICITÉ ET LE CODE NAPOLEON. — LOI DU 23 MARS 1855.

— SES DESTINÉES.

SOMMAIRE. — La Publicité dans le *Code Napoléon*. Transcription des donations. Inscription des hypothèques. Le privilège est-il un droit réel ? — Insuffisance des garanties données aux tiers par le Code. Comment elle fut particulièrement sentie quand on voulut encourager le crédit foncier. Préparation de la loi du 23 mars 1855. Sa position à l'égard du Code Napoléon. Ses résultats. Les inconvénients du mécanisme actuel de la publication. La publicité doit avoir une base non plus *personnelle*, mais *réelle* : Condition *sine quâ non* : réfection du cadastre. Histoire de cette question du rôle juridique du cadastre. Les Livres Fonciers en Allemagne. Etat actuel du cadastre en France : ses nombreux défauts. Comment les corriger ? Comment faire un cadastre dont les déterminations soient au-dessus de tous les changements accidentels ? Commission extra-parlementaire du cadastre ; ses travaux à ce sujet.

La publicité est un besoin impérieux du commerce : les rédacteurs du Code Napoléon, en apportant au droit des transferts les grands perfectionnements qui en ont profondément modifié, comme on l'a vu, la physionomie, eurent conscience sans doute de ce besoin, mais ils n'y donnèrent que très insuffisamment satisfaction. Ils assurèrent la publicité des donations en exigeant leur transcription. La tradition leur imposait cette formalité, et, s'ils l'introduisirent dans nos lois, ce ne fut pas précisément dans l'intérêt exclusif de la publicité. La transcription des donations, comme l'insinuation de la législation romaine, est plutôt une épreuve destinée à



mieux tirer hors de doute l'intention du donateur. Si la préoccupation de publicité apparaît donc dans les articles 939 et suivants, c'est mêlée encore à ces considérations étrangères que nous venons d'indiquer.

C'est seulement en matière de rang hypothécaire que cette préoccupation apparaît, au contraire, très nettement. Les hypothèques qui grèvent les immeubles ne produisent effet que si elles sont rendues publiques par l'inscription sur les registres du conservateur (art. 2134).

Les privilèges étant des *concessions de la loi*, et non des démembrements de la propriété, l'article 2106 subordonne absolument à la condition de l'inscription leur efficacité, tandis que, les hypothèques étant, par essence, des droits contractuels ou présumés tels, le droit réel y est bien acquis *solo consensu*, mais la loi de sa propre autorité en paralyse l'effet à l'égard des tiers. « Entre les créanciers, dit l'article 2134, l'hypothèque... n'a de rang que du jour de l'inscription ». Seule la publicité en matière hypothécaire rentre donc dans le cadre de ce travail, puisque c'est seulement en cette matière que se rencontre véritablement *un transfert de droit réel par la volonté privée*. Le privilège est un *bénéfice attaché à la qualité de la créance*, dit avec raison l'article 2095; ce n'est pas à proprement parler *un droit sur la chose* (1). Il suffit de comparer

(1) Le Droit français ne reconnaît que trois espèces de droits réels, la propriété, les servitudes réelles ou personnelles et l'hypothèque (Aubry et Rau).

Pour les servitudes légales, la question de savoir si ce sont des *droits réels* ou de simples obligations nées de ce que Pothier appelait le *quasi contrat de voisinage* est controversée (V. Demante, tome II, p. 553). L'article 1370 semble inviter à suivre l'opinion de Pothier. On voit toutefois que l'idée du droit réel, ainsi que nous avons eu maintes fois, au cours de ce travail, l'occasion de le remarquer, a beaucoup perdu, dans le Code, de sa netteté. Comme le disait dans son observation déjà citée le Tribunal d'appel de Paris, on aurait mieux fait de distinguer plus nettement le

les formules des articles 2095 et 2114 pour se convaincre qu'il y a bien là une nuance : le privilège est *au-dessus* des droits réels, au-dessus même du commerce des choses, tirant son absolue souveraineté, son droit de préférence et son droit de suite, de considérations spéciales d'utilité publique ou d'équité. Il se rapproche, à ce point de vue, des *restitutiones in integrum* que toutes les législations connaissent. L'hypothèque légale est aussi un bénéfice de la loi ; mais la loi peut, en octroyant ses bénéfices, prendre deux partis différents : elle peut affirmer franchement sa volonté de paralyser en faveur de personnes déterminées l'effet des droits réels : c'est le privilège véritable ; elle peut donner au bénéfice qu'elle accorde la forme d'un *droit analogue aux droits issus des conventions* et créer ainsi, de par son autorité, un *droit contractuel fictif*. L'hypothèque légale est un vrai droit réel que la loi inscrit d'office sur les biens des personnes qu'elle y soumet ; c'est un démembrement de la propriété, le privilège n'en est pas un.

Assurer la publicité des hypothèques était, sans doute, un grand pas dans la voie de la publicité en général : l'expérience ne tarda pas à montrer combien ce pas était insuffisant.

La publicité des hypothèques, rigoureusement sanctionnée par la perte de rang prononcée contre l'hypothèque occulte en faveur des hypothèques inscrites, prémunissait sans doute contre les constitutions clandestines de droits réels de ce genre. Mais l'hypothèque n'est pas l'unique droit réel. Bien d'autres actes de disposition peuvent diminuer la valeur de la propriété. Enfin, de tous les actes de disposition, le plus

*droit à la chose et le droit dans la chose.* La saisine, si importante dans l'ancien droit, n'intervient dans notre Code que d'une manière très fugitive et même y semble un élément assez énigmatique : nous avons essayé de rétablir les parties effacées du tableau.

radical, l'aliénation complète restait occulte. Ainsi le mystère subsistait, pour une grande partie, sur le patrimoine avec les fâcheuses conséquences que nous avons indiquées : défiance des capitalistes, resserrement du crédit que la clarté encourage, mais que les ténèbres font s'enfuir (1).

C'est surtout en matière de crédit foncier que les inconvénients se firent sentir. L'agriculture a besoin de crédit, car elle implique des spéculations à longue échéance. La terre ne restitue que lentement ce qu'on lui a donné, si tant est même qu'elle le restitue ! Il faut que l'agriculteur puisse emprunter et puisse compter lui aussi, pour rendre, sur un délai assez long. Or le capitaliste ne consent à attendre que sur la foi d'un gage certain, et le régime du Code civil laissait planer l'incertitude sur les origines et la constitution véritable des propriétés. Lorsque la France, au début de ce siècle, voulut suivre l'exemple des pays voisins, Belgique, Allemagne, Autriche où s'étaient formées et où prospéraient de grandes compagnies financières de crédit foncier, elle s'aperçut bien vite que le principal obstacle à leur développement était dans la fragilité du crédit immobilier résultant de ce vice de la législation. Les rapports étaient unanimes en ce sens. En 1850, le rapporteur de la Commission nommée par l'Assemblée

(1) Le projet de Code contenait, comme on sait, un article qui prescrivait la transcription des actes d'aliénation. Cet article disparut au cours de la discussion, sans qu'on ait paru le supprimer délibérément, et ainsi fut enlevé tout moyen de contrôler l'existence et le nombre des actes de disposition faits à l'occasion d'un bien déterminé. Les inconvénients furent cependant palliés en partie, jusqu'en 1855, par suite de la pratique suivante : l'acte antérieur, *pour acquérir date certaine*, était *enregistré*. Les receveurs de l'enregistrement avaient l'habitude d'envoyer avis des actes qu'ils recevaient au bureau de la situation des biens que ces actes concernaient. Il suffisait donc de se présenter à ce bureau pour être complètement renseigné même sur les actes enregistrés à cent lieues de là.

Législative pour étudier cette question disait : « Sans modification de la législation hypothécaire les nouvelles institutions de crédit ne pourraient ni se fonder, ni subsister, ni fonctionner d'une manière utile ». Certains songeaient à une réforme établie uniquement à titre de *jus singulare* en faveur de ces sociétés de crédit foncier dont on projetait la constitution ; mais l'idée d'une réforme de principe s'imposa bientôt avec évidence.

Il fallait ajouter au Code Napoléon un rouage nouveau qui y manquait. Ce fut le second Empire qui réalisa cette amélioration devenue indispensable. Il fut souvent déclaré dans les discussions que les principes du Code civil restaient intacts. Le conseiller d'État, M. Suin, disait dans l'exposé des motifs du projet officiel : « Il ne s'agit pas de porter sur le Code Napoléon une main sacrilège ; *ses dispositions resteront intactes, son économie entière*. Nous ne vous présentons que des dispositions pour ainsi dire additionnelles. Compléter, ce n'est pas détruire ». On se bornait en effet à généraliser en l'appliquant à tous les droits réels, sauf les exceptions en faveur des hypothèques légales, la formalité de la publicité. Cette formalité s'appelait, dans la nouvelle réglementation, *la transcription*. « *La transcription*, dit l'exposé des motifs, *est l'accomplissement d'une formalité destinée à procurer aux tiers, créanciers ou acquéreurs, la publicité matérielle, durable et facile à chercher, des mutations de la propriété immobilière et des démembrements ou charges qui peuvent en altérer la valeur* ».

Le projet rencontra au sein du Corps législatif une adhésion presque unanime. M. Debelleyme, dans le rapport fait au nom de la Commission, dit avec enthousiasme : « Grâce à ce *rétablissement* de la transcription, la propriété aura ses registres comme l'état civil des personnes. Son existence pourra tou-

jours être connue, toujours suivie dans toutes les mains où elle passera avec toutes les modifications qui peuvent en augmenter ou en diminuer la valeur ; et ainsi notre système hypothécaire reposera sur une base solide et sûre, en même temps que l'établissement de la propriété se trouvera publié par des signes patents et des caractères certains ».

Le principe posé par la loi de 1855 est d'une valeur incontestable en tant que principe : c'est l'application qui laisse encore à désirer. Il faut obliger à publier les aliénations et constitutions de droits réels, nul ne le conteste, et l'on ne conçoit même pas aujourd'hui la possibilité d'un régime de clandestinité ; mais comment se fera cette publication, c'est la question encore ouverte. Il ne suffit pas d'obliger les aliénateurs à communiquer officiellement leurs actes d'aliénation à un officier public, il faut encore que le mécanisme administratif destiné à recevoir et conserver ces communications soit de telle nature que les intéressés sachent toujours où ils doivent chercher et trouver les renseignements dont ils ont besoin : il faut que le mode de publication simplifie et facilite au maximum ces recherches.

Or, sous le régime de la loi de 1855, les actes d'aliénation concernant toutes les propriétés immobilières d'une région déterminée se trouvent au bureau de la conservation des hypothèques dont cette région relève. C'est donc à ce bureau que doivent aller les recherches et sur ce point il n'y a pas de confusion possible. Mais la confusion commence et devient inextricable quand il s'agit, dans le sein de ce bureau, et parmi l'amas de paperasses qu'il contient, de trouver les renseignements relatifs à l'immeuble même dont on veut fixer l'état civil. Les actes y sont en effet catalogués non pas, ainsi qu'on pourrait s'y attendre, suivant la série des immeubles eux-mêmes, tous les actes relatifs au même immeuble étant



réunis ensemble, mais ils le sont suivant l'ordre alphabétique des noms des parties intervenues dans ces actes. Qu'une erreur quelconque dans ces noms ait été commise, que l'aliénateur se soit donné un nom qui n'est pas le sien ou qu'il soit connu, comme cela arrive souvent, sous divers noms à la fois, autant de causes qui dissimuleront l'existence d'actes d'aliénation pourtant régulièrement présentés et transcrits !

Comment remédier à cet inconvénient ? En donnant au classement des actes une base non plus *personnelle*, mais *réelle*. Il faut que chaque acte soit comme épinglé, non à ce support précaire, variable, passager de la personne qui y est intervenue, mais au support immuable de la chose même qui en est l'objet. Les personnes se succèdent rapidement ; comme l'a dit le poète, « *l'homme, fantôme errant, passe, sans laisser même son ombre sur le mur* ». Les biens étaient avant lui et durent après lui. Il n'intervient que pour en cueillir au passage quelques maigres bénéfices. Ce n'est donc pas sur lui, mais sur eux que doit reposer le système de publicité ; il y sera beaucoup plus fermement assis. Il sera toujours plus facile de retrouver l'individualité de la chose que de retrouver celle des personnes diverses qui peuvent avoir disposé d'elle légitimement (1).

Il faut donc accomplir pour le mécanisme de la publicité une réforme analogue à celle qu'accomplit Copernic dans la science astronomique : au lieu de faire tourner les astres autour de la terre, il fit tourner la terre autour des astres. Au lieu de faire tourner les choses et les actes autour de la per-

(1) « Il me paraît incontestable que le système de publicité par la voie des Livres fonciers est *infiniment supérieur* à notre système de registres hypothécaires. Ce n'est pas douteux, et, pour en être convaincu, il suffit d'avoir entre les mains et d'examiner un état d'inscriptions hypothécaires. On constate immédiatement que c'est un *grimoire indéchiffrable* ». (Paroles de M. Bufnoir dans la séance du 18 juin 1891 de la *Commission du Cadastre*).

sonne, c'est la personne qui doit tourner autour des choses devenues fixes.

Mais, la condition de cette réforme, c'est une classification complète et méthodique des choses immobilières ; c'est une immatriculation régulière des terres et des maisons, c'est, pour dire le mot, un *cadastre* parfaitement organisé. C'est cette question du perfectionnement ou de la réfection du cadastre qui est la pierre d'achoppement de la réforme hypothécaire. Il faut résoudre celle-là pour opérer rationnellement celle-ci.

Il y a longtemps que la législation a conscience et de la nécessité de faire la réforme en ce sens et, malheureusement aussi, des obstacles et difficultés matérielles qu'elle rencontre (Cf. Martin du Nord, *Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes*, 3 vol. Paris, 1844). Au cours même de la discussion de la loi du 23 mars 1855, certains membres de l'Assemblée se fondèrent, pour combattre le projet, sur ce que le cadastre fournissait pour la propriété un état civil préférable à celui qu'on voulait instituer. Dans la séance du 15 janvier 1855, M. Millet s'exprimait ainsi : « La propriété en France n'est pas sans titre régulier ; la propriété a son état civil : c'est le cadastre, dont les éléments sont les actes notariés et les titres de famille. Les mutations s'y font avec le plus grand soin ; dans toutes les parties de la France, tout champ a son propriétaire bien connu. Un père de famille vient-il à décéder, le receveur des domaines sait facilement composer l'état de ses propriétés. Un débiteur en est-il arrivé à la saisie immobilière, l'huissier n'a nulle peine à mettre la main sur ses biens. L'état de la propriété est donc loin de réclamer le remède énergique qu'on veut lui appliquer ».

Ces affirmations, trop optimistes en tant qu'elles visent l'é-

tat actuel du cadastre (1), prouvent que l'idée de faire servir le cadastre à la détermination de la propriété était déjà, comme on dit, dans l'air, au moment de la discussion de la loi de 1855. C'était d'ailleurs une idée depuis longtemps appliquée en Allemagne. Rien de plus connu que le système des *Livres fonciers* (Grundbücher) depuis que ce régime a fait l'objet en France, dans l'enseignement et dans la littérature juridique, d'études approfondies. Notre plan n'est pas d'y insister, car l'appréciation même du meilleur régime de publicité n'est qu'accessoire par rapport à l'idée principale de ce travail. Il nous suffit d'indiquer comment le principe de la publicité *réelle* est depuis longtemps, dans les législations, à l'étude et même est entré dans la pratique. La coutume grecque déjà citée, qui exigeait la mention des hypothèques sur un écriteau planté en évidence dans le champ même qu'elles grevaient, n'était-elle pas déjà une application de ce principe (2) ?

Pour employer le cadastre à la fin que nous indiquons, il faudrait lui donner une précision beaucoup plus grande que celle qu'il a actuellement en France. Sans le dénigrer systématiquement, il faut reconnaître qu'il n'est plus qu'un miroir bien trouble de l'état réel des propriétés foncières. Quant à leur seule détermination technique, c'est-à-dire quant aux li-

(1) Parmi les indications fournies par la *matrice cadastrale*, il y en a, de l'aveu du directeur général des contributions directes, *trente pour cent* d'erronées (V. paroles de M. Boutin dans la séance du 19 juin 1891 de la sous-commission juridique du cadastre).

(2) L'idée de faire du cadastre la base de l'état civil de la propriété est, comme la plupart d'ailleurs des idées sociales que ce siècle s'efforce de mettre en pratique, contenue dans les cahiers des députés de 1789. L'article 4 du cahier de la paroisse de Puiseaux est ainsi conçu : « Nous demandons qu'il n'y ait qu'un seul terrier pour chaque paroisse, au nom du roi, déposé à la municipalité où chacun sans exception établira par représentation le titre de sa propriété double du terrier et du plan rapporté au dépôt royal *ad hoc* et dans la bibliothèque de Paris. »

mites de ces propriétés, et à leur nature, il ne tient pas compte de beaucoup de modifications introduites depuis sa confection (1). Des parcelles se sont fondues en un bloc unique ; des blocs se sont divisés en parcelles. Des voies de communication ont modifié la configuration générale du pays et en ont déplacé, si l'on peut ainsi parler, le centre de gravité, donnant aux mouvements économiques des orientations différentes des anciennes. Les voies ferrées surtout ont rénové la face du territoire. Le cadastre ne tient aucun compte de tous ces changements ; il n'a plus que la valeur d'un dessin historique, archaïque ; ce n'est pas un instrument d'utilité pratique. La Cour de cassation a plusieurs fois, et avec raison, décidé que les renseignements fournis par le cadastre n'ont qu'une valeur toute relative, soumise à l'appréciation du juge (Ex. : arrêt du 5 mars 1894).

Refaire le cadastre et le rendre adéquat à l'état actuel des propriétés, ce serait, semble-t-il, bien simple et n'impliquerait que la question du coût énorme d'une telle opération, mais ce serait peu. La difficulté n'est pas tant de refaire le cadastre que de le refaire suivant des principes tels qu'on ne soit pas obligé, avant même son achèvement, comme cela est arrivé pour le cadastre actuel, de le recommencer. L'aspect des choses n'est pas fixe ; il se modifie continuellement sous la main des hommes, et aussi sous la dent du temps, *tempus rerum edax* ! C'est le cas de répéter la fameuse parole du vieil Héraclite : « Tout coule, Παντα ῥεῖ, tout coule, rien ne s'arrête ; on ne se baigne pas deux fois dans le même fleuve, car c'est une autre eau qui vient à nous ! » Comment saisir l'insaisissable transformation économique des choses ? L'image qu'on en fait n'est déjà plus vraie. Le poète l'a dit avec

(1) Commencé vers 1808, en vertu de la loi du 15 septembre 1807, le cadastre actuel a été terminé en 1846.

une exquise élégance : « *Le moment où je parle est déjà loin de moi.* » De même, pour le cadastre, le moment où l'arpenteur dresse son dessin est déjà du passé. L'unité parcellaire est éminemment plastique. Il faudrait un cadastre mobile. Il faudrait du moins un cadastre organisé de telle manière que les transformations des choses pussent aisément s'y inscrire en termes précis, mais toujours susceptibles d'être modifiés. Peut-être pourrait-on emprunter quelques idées à ce sujet aux ouvrages des anciens arpenteurs romains, des Gromatici. On connaît l'idée générale des procédés qu'ils employaient pour dresser la carte d'une région : ils établissaient un système de points de repère fixes et c'est toujours *par rapport à ces points de repère* que les propriétés étaient désignées. Le cadastre ne comprendrait comme base fixe, immuable qu'un nombre assez grand de ces points géodésiques et de ces circonscriptions idéales. Il serait facile de classer les propriétés d'après leurs relations avec ces circonscriptions immuables. Tel champ pourrait faire partie de plusieurs d'entre elles pour des parcelles déterminées : mais il serait possible de marquer *mathématiquement* ces rapports par des formules algébriques. L'essentiel en analyse algébrique est de trouver un point fixe *par rapport auquel* tout le reste se définit. Il n'est pas de courbe, quelque capricieuse qu'elle soit, qui ne puisse ainsi être définie exactement, mathématiquement, par une formule algébrique. Le mouvement des flots de la mer a ses formules. Pourquoi les mouvements, en somme beaucoup plus lents, des formes des propriétés foncières n'auraient-ils pas les leurs ? Le cadastre futur serait donc composé de deux parties : 1<sup>o</sup> les points de repère avec les figures idéales immuables ; 2<sup>o</sup> les formules mathématiques qui désigneraient les propriétés par rapport à ces points de repère. *La publicité se ferait sur la base des circonscriptions immua-*



bles. Les actes apportés au conservateur contiendraient la désignation de la propriété qui en serait l'objet, mais cette désignation devrait être faite en formules mathématiques exprimant que la propriété en question soutient tel ou tel rapport numérique avec la circonscription  $\alpha$ , tel ou tel rapport numérique avec la circonscription  $\beta$ , etc. Le conservateur devrait faire mention de l'acte *dans chacune des circonscriptions intéressées*, car le droit réel, selon la formule classique, est *totum in toto et totum in qualibet parte*. Celui qui voudrait se renseigner sur les droits réels grevant une région devrait spécifier mathématiquement, toujours par rapport aux points de repère, la formule géométrique de l'étendue foncière qui l'intéresse. Le conservateur pourrait facilement, si les registres sont bien tenus, lui répondre avec la même précision mathématique.

En tout cas, ce qu'il faut trouver, c'est un moyen commode d'obvier aux inconvénients résultant de la mobilité des propriétés. Il faut que la fixité de la publication ne souffre en rien de cette mobilité et que la classification cadastrale saisisse les biens, pour les identifier, dans leurs caractères permanents et non dans leurs caractères passagers. Leur relation géométrique avec des points fixes nous semble être le moins passager de leurs caractères. Elle peut changer aussi, sans doute, car tout change, et l'aspect de la terre se modifie insensiblement. Mais où trouver l'immutabilité absolue ? « Le monde, comme dit Montaigne (*Essais*, liv. III, ch. 2), n'est qu'une bransloire perenne... et la constance même n'est autre chose qu'un bransle plus languissant ! ».

La question de la réforme cadastrale et celle de la réforme hypothécaire ont amené la formation par les soins du gouvernement d'une commission extraparlamentaire, dite

commission du Cadastre (1). C'est au ministère des finances que, *par son origine*, cette commission se rattache, car la question du Cadastre intéresse plus directement la répartition de l'impôt foncier ; mais, dès le début, les préoccupations juridiques y ont pris la prépondérance et c'est surtout le Livre foncier de la France que l'on voudrait instituer (V. *Exposé des motifs* du budget de 1891, p. 26 et 27. — *Rapport* adressé au Président de la République par M. Rouvier, ministre des finances, le 29 mai 1891). La commission du Cadastre est divisée en deux sous-commissions : l'une, composée de géomètres et de mathématiciens, s'occupe spécialement de la *détermination physique* des propriétés, de la tenue des registres ; l'autre, composée de juristes, est chargée d'étudier les principes relatifs à la constatation des changements de patrimoine dont les propriétés sont l'objet.

Le programme même des travaux de la commission annonçait que les commissaires auraient à se prononcer entre deux systèmes : celui de la publicité simple et celui de la légalité. La question fondamentale qui résume l'essence du principe de légalité est ainsi conçue dans ce programme : « Dans quelle mesure et à quelles conditions convient-il de *donner force légale* aux inscriptions du Livre foncier pour que l'inscription constitue *un titre irrévocable du droit* à l'égard de toute personne intéressée ? » C'est là un élément nouveau qui vient s'ajouter au régime de simple publicité. Il faut qu'en un chapitre final, nous en disions rapidement quelques mots. Tandis que le principe de la publicité *réelle*

(1) Décret présidentiel du 30 mai 1891. Article 1<sup>er</sup> : « Il est institué au ministère des Finances, sous la présidence du Ministre, une Commission du cadastre chargée d'étudier les diverses questions que soulève le renouvellement des opérations cadastrales, notamment au point de vue de l'assiette de l'impôt, de la détermination juridique de la propriété immobilière et de son mode de transmission ».

paraît rallier presque toutes les adhésions, le principe de la légalité est encore l'objet de discussions. Il règne même parfois sur l'essence de ce principe des équivoques que nous expliquerons brièvement. Ces équivoques ont d'ailleurs été, au sein même de la commission et dès la première séance, vigoureusement dissipées par la bouche d'un de nos maîtres.

## CHAPITRE III

### LE PRINCIPE DE LA GARANTIE PUBLIQUE EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ DES ALIÉNATIONS.

SOMMAIRE. — Qu'est-ce que la légalité de l'inscription. Portée de ce principe. En exclure toute idée d'ensaisinement par autorité publique. La légalité et la loi du 23 mars 1855 ; elle est repoussée. Sera-t-elle adoptée en France ? Individualisme et socialisme.

Le trait caractéristique du régime de la publicité simple, c'est que, dans ce régime, la publicité est une formalité supplémentaire de tout acte de disposition ; mais l'acte n'en est pas moins complet sans cette formalité. L'aliénation est opérée ; seulement l'oubli de la formalité expose à une *restitutio* spéciale prononcée d'avance par la loi au profit des tiers lésés par cet oubli et dans la mesure où cet oubli les lèse. L'effet de la *restitutio* est d'ailleurs strictement limité à ce qu'exige l'intérêt de ces tiers. L'État fournit le mode de publication.

Bien plus étendu est le rôle de la puissance publique dans le système de la garantie officielle ou système de légalité. Elle ne se contente plus de porter à la connaissance du public, sur la demande des intéressés, des actes intervenus entre ceux-ci. Elle ne se borne pas au rôle d'organe de publication. Elle enregistre les transferts et *les contrôle*, de manière à ce que les aliénations *légitimes* soient seules inscrites sur les registres officiels. Par surcroît, elle *garantit* ce caractère de légitimité et se porte forte que le propriétaire inscrit est le propriétaire légal ; les autres sont dépossédés.

On a quelquefois en France confondu ce régime de légalité des inscriptions avec le système de l'*ensaisinement par autorité publique*. Il y a peut-être, nous l'avons dit, quelque affinité entre les deux systèmes, l'ensaisinement par autorité publique ayant toujours quelque tendance à se compliquer par des préoccupations sur la légitimité de cet ensaisinement. Mais s'il peut y avoir un système de légalité de l'*ensaisinement*, ce n'est nullement le même régime que le système de légalité de l'*inscription*. Quand on se représente le système de légalité comme un système en vertu duquel l'État seul opérerait les transferts de propriété les contrôlant et les garantissant, c'est un système de légalité de l'*ensaisinement* que l'on se représente. Le système de légalité de l'*inscription* suppose que *le transfert réel est dans les pouvoirs de la volonté privée* laquelle déplace le droit réel soit par le secours d'une tradition, soit par le simple effet du consentement donné pour une obligation de livrer. Il suppose, en outre, un système organisé de publicité destiné à porter à la connaissance du public ces transferts officieusement réalisés. Il se borne à compliquer et renforcer l'inscription publique par un contrôle et une garantie administratifs.

Il est donc important de détruire l'espèce de légende qui trouble la signification de cette expression : régime de légalité. Cette légalité n'a rien de commun avec la saisine par autorité publique ; elle est un simple perfectionnement, ou du moins, pour ne rien préjuger, une complication du système de publication des transferts, complication destinée à augmenter les avantages de la publicité. Dans ce fouillis parfois inextricable d'inscriptions que reçoivent les registres publics, le système de légalité porte la faux d'un contrôle officiel : il n'a pas d'autres ambitions et il ne faut pas lui en attribuer d'autres.



Ainsi compris, ce système doit être rattaché, comme la publicité, aux principes du droit romain sur le transfert officieux par tradition ou par consentement et non aux traditions germaniques, dont l'idée semble pourtant hanter la plupart de ceux qui en France parlent du système de légalité. Il n'y a rien de commun entre l'investiture germanique par autorité publique et ce système tout moderne. La publicité compliquée de légalité n'est pas une *publicité-saisine*, c'est une *publicité-contrôle*, si l'on nous permet ces expressions commodes que les explications déjà données dans ce travail rendent, croyons-nous, suffisamment claires.

La publicité sera donc empreinte de légalité toutes les fois que le fonctionnaire chargé de recevoir les publications exercera un contrôle de la capacité et des titres qui concourent à corroborer l'acte qu'on lui présente. Le principe de légalité triomphera quand ce contrôle sera organisé de telle sorte que seul le propriétaire légal puisse être inscrit sur les registres comme acquéreur et lorsque, par surcroît de garantie, l'État prendra à sa charge les conséquences à résulter des erreurs commises dans ce contrôle. Le conservateur est alors un juge, pour la légalité des décisions duquel la puissance publique se porte forte.

Le principe de légalité est étranger à la loi de 1855. Elle sanctionne le principe de publicité simple. Le conservateur n'a pas à s'enquérir de la valeur des actes qui lui sont présentés à fin de publication. Cependant, l'élaboration de cette loi ne se fit pas sans que l'on vît quelques tendances se manifester en ce sens. Déjà, en 1844, dans l'enquête officielle qui fut faite, toutes les Cours d'appel et toutes les Facultés de droit émirent le vœu que seuls les *actes authentiques* fussent admis à la transcription : les motifs donnés en faveur de cette proposition sont du même ordre que les motifs donnés

en faveur du système de légalité de l'inscription. Dans les séances du 13 au 19 janvier 1855, un mouvement assez marqué se produisit pour l'adoption du vœu de l'administration judiciaire et de l'enseignement. On reprochait à l'acte sous seing privé de renfermer des obscurités, des fautes, des irrégularités, des nullités et d'encombrer ainsi les registres publics par une masse de documents trompeurs. Le notaire, dans l'acte authentique, exerce un contrôle et garantit ainsi dans une certaine mesure que l'inscription est légalement fondée, non trompeuse. On aurait pu arriver ainsi au système de légalité. Mais en définitive c'est le système de la publicité pure et simple qui l'a emporté ! Comme le disait très nettement M. Debelleyme dans la séance du 13 janvier 1855 : « Le but du projet est *d'informer les tiers.... c'est à chacun de se rendre bien compte de ce que l'acte contient* ». Le système du Code Napoléon a été maintenu ; il se résume dans l'article 2199 : « *Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent refuser ou retarder la transcription des actes de mutation..... sous peine de dommages et intérêts des parties* ».

Ira-t-on maintenant jusqu'au bout ? Adoptera-t-on ce système si commode, si séduisant par ce qu'il renferme de socialisme, mais si dangereux à cause de ce socialisme même ? Nous n'avons pas besoin d'insister sur le débat. Individualisme et socialisme, ces mots dans toutes les parties du droit éveillent les mêmes espérances contraires, les mêmes incertitudes pour l'avenir(1) !

(1) A propos d'une législation très originale qui est l'application la plus radicale du principe de la garantie publique et, par suite, du principe de légalité de l'inscription, la législation de l'Act Torrens (dont nous allons parler dans la conclusion parce qu'elle met en jeu des questions d'un ordre nouveau), M. Besson, dans l'ouvrage déjà cité et à la p. 352, loue beaucoup les avantages de ce régime : « La sécurité que réclament les acquéreurs et les prêteurs, l'Act Torrens la procure *absolue et complète* ;

d'abord par l'application d'une *publicité* sans réserves ; ensuite grâce à cette règle que l'immeuble immatriculé est affranchi de tout droit réel autre que ceux dont le registre matrice constate l'existence et que le titulaire inscrit peut être considéré par les tiers contractant avec lui sur la foi de son certificat comme investi d'une manière indubitable ».

On peut dire que c'est une Assurance contre les procès établie par l'Etat en faveur des citoyens : c'est une forme du socialisme d'Etat.

Lire aussi l'ardent plaidoyer prononcé, à la première séance de la sous-commission juridique du cadastre, par M. Worms en faveur du régime de garantie publique et de la légalité de l'inscription que ce régime implique.

## CONCLUSION

SOMMAIRE. — La mobilisation de la propriété. Ses avantages et ses inconvénients. — Un mot sur un *desideratum* plus pressant : les *foundations*.

Les analyses qui précèdent ont donné, croyons-nous, l'idée complète de ce que peut devenir la législation relative au déplacement de la propriété dans une société dont les possessions immobilières constituent l'assise fondamentale. Le mouvement des droits personnels et réels autour des choses semble, dans le dernier régime que nous avons décrit comme terme de l'évolution, y avoir atteint le maximum de rapidité. Qu'à ce maximum de rapidité s'ajoute le maximum de lucidité ! Que le nombre et la précision des appareils enregistreurs s'accroisse, comme dans les machines, en proportion de l'accroissement de vitesse et de puissance ! Mais il semble que le cycle de l'évolution soit ici clos. Notre histoire du transfert de propriété semble une histoire achevée.

Il est bien vrai qu'elle ne peut aller plus loin dans la voie où nous l'avons suivie. Mais cette voie est-elle la seule ? Nous avons fait l'histoire d'un concept juridique : mais n'y a-t-il pas d'autres concepts latents dans l'esprit humain ? C'est seulement un des concepts possibles que nous avons étudié, et quant à celui-là notre histoire est complète ; mais l'humanité ne peut-elle pas quitter maintenant ces errements pour entreprendre, sur une base renouvelée, une œuvre nouvelle ? Si, au lieu de concevoir la propriété comme un objet fixe autour duquel gravitent les droits

humains, la propriété était conçue inversement comme un élément mobile, gravitant autour de la volonté et de l'activité des hommes, devenus l'unique base juridique, tout l'ancien édifice serait renversé. Renversées toutes nos analyses qui étaient conçues uniquement en vue de la première de ces deux manières de penser ! Renversée toute l'évolution séculaire ! Il faudrait recommencer et l'analyse et l'histoire du nouveau concept de la transmission.

En fait, le concept que nous avons analysé dans cette thèse a été la règle de l'humanité, pour la majeure partie des propriétés, depuis le commencement du cycle humain dont nous partageons les destinées. Sauf pour une catégorie spéciale de choses viles ou réputées telles au point de vue juridique, les droits humains ont gravité autour des choses, ont participé à leur fixité, à leur objectivité, étant comme accrochés à elles par la volonté des hommes.

Mais, au terme de cette étude, il importe, pour mettre les idées au point et rompre cette espèce de fascination qu'exerce sur l'esprit la longue contemplation d'un concept unique, de montrer, d'indiquer du moins, à côté de la vieille conception des droits réels, une nouvelle conception qui paraît venir lui disputer la prédominance et pourrait la remplacer complètement : c'est la conception *mobilière* des droits réels.

La propriété immobilière arrachée de ce piédestal élevé d'où elle dominait les volontés, les droits et les efforts humains ; les choses du sol, *res soli*, comme disaient les anciens, réduites en signes représentatifs et lancées, sous cette forme, dans le torrent des simples échanges faits de la main à la main, pêle-mêle avec les objets mobiliers de consommation courante ; la possession de fait mettant obstacle, sauf le cas de perte ou vol, à tout droit de suite, telle est l'idée fondamentale de cette conception révolutionnaire. Cette idée



est déjà entrée dans la pratique, sous une forme, il est vrai, un peu atténuée, dans une grande région de la terre. Depuis 1858, est en vigueur, en Australie, une loi dont l'étude présente à ce point de vue une importance très considérable : c'est *The Real Property Act*, plus connu sous le nom de *Act Torrens*.

Restée à peu près ignorée en France pendant vingt-cinq ans, cette loi a été révélée au public par l'initiative de M. Yves Guyot, qui commença, en 1882, dans le journal *Le Globe*, une série d'articles destinés à en exposer les principes fondamentaux, et aujourd'hui ce système de l'*Act Torrens* est tellement populaire qu'on ne peut parler de la propriété foncière sans y faire au moins une allusion. Le cadre de ce travail nous interdit d'en parler ici autrement que d'une manière purement accessoire et en guise d'épilogue : mais ce serait une vraie lacune que de n'en pas faire mention (1).

C'est l'exemple du système en usage pour la vente des navires qui suggéra à Sir Robert Richard Torrens, ancien directeur des douanes, haut fonctionnaire dans l'administration de la justice dans l'Australie anglaise, l'idée de simplifier le déplacement de la propriété immobilière en y appliquant les formes expéditives des transferts mobiliers. Dans un banquet qui lui avait été offert le 1<sup>er</sup> juin 1857, il s'exprimait ainsi : « Tout homme peut vendre un cheval sans l'intermédiaire d'un homme d'affaires et même un navire valant 10 ou même 30.000 livres sterling ; mais, dès qu'il a affaire à la terre, il ne peut se passer de l'assistance d'un homme d'affaires et souvent même la propriété qu'il a payée est tellement incertaine ou grevée de charges qu'il ne peut pas

(1) Nous empruntons ces détails et citations sur l'Act Torrens à l'étude très alerte de style et très complète qu'en a faite M. Charles Gide dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée* de 1886.

savoir au juste s'il a *acheté un acre de terre ou un procès* ! » Le régime régnant lui paraissait archaïque et empreint d'esprit féodal. « Je veux, disait-il dans une réunion électorale au théâtre d'Adélaïde, le 31 janvier 1857, illustrer mon idée en vous rappelant que, dans l'ancien temps, chaque baron ou même chaque libre propriétaire entourait sa demeure d'un fossé qui ne pouvait être traversé que par un pont-levis et, à la place des portes commodas d'aujourd'hui, avait une herse qu'il levait ou laissait tomber pour admettre ses amis ou écarter ses ennemis. Le visiteur aussi, au lieu d'avoir un libre accès, devait sonner du cor à la porte extérieure et parlementer avec le gardien perché au sommet de la tour avant de pouvoir être admis... Voilà justement ce que nous pratiquons à l'égard de la propriété foncière ». Il fallait donc changer toutes les anciennes traditions, renverser l'édifice vénérable, mais verrouillé, des vieux principes et fonder sur des bases entièrement nouvelles le droit des transferts. Puisque les choses mobilières se transféraient par la seule vertu du déplacement volontaire de la possession, il fallait appliquer ce principe si simple aux choses immobilières. Rien ne justifiait, en effet, la malencontreuse exception faite pour ces dernières dans le droit.

Le nouveau système aurait donc pour pivot central la possession et la tradition matérielle pour moteur. Nous avons vu, au cours de l'évolution des modes d'acquérir dans l'ancien système, la tradition matérielle apparaître un moment : il ne faudrait pourtant pas croire que le nouveau système soit uniquement un retour au régime de la Publicienne. Il en différerait très profondément. Dans le système de la Publicienne la tradition est requise comme solennité destinée à occasionner le déplacement du droit réel : ce droit passe de la tête du *tradens* sur la tête de l'*accipiens* ; mais le *jus in re*,

dans ce système, conserve tous ses caractères d'indépendance et de fixité objectives. La saisine est simplifiée quant à ses conditions d'acquisition, mais elle garde son essence autonome. L'acquéreur ensaisiné continue d'avoir l'action en revendication pour se défendre dans sa possession légale de la chose contre les possessions de fait. La saisine légale règne avant la saisine de fait ; dans le nouveau système, la saisine légale serait, au contraire, éliminée du commerce des choses immobilières, comme elle est, d'après le Code Napoléon lui-même, éliminée du commerce des choses *mobilières*. Elle serait remplacée par la seule possession de fait. Possession vaudrait titre. La saisine se caractérisait et elle a d'ailleurs été quelque part définie comme la manifestation d'un *régime légal et abstrait des droits* planant au-dessus des situations de fait, les façonnant à ses volontés. C'était un système de *possessions légales* faisant échec souverainement aux *possessions de fait*. Avec le nouveau système, la tradition s'élève du rang de cause occasionnelle à celui de cause efficiente du déplacement. Elle agit par sa seule force et par une force propre. Le possesseur est présumé propriétaire. Autrefois, au contraire, c'était au profit de celui qui était saisi de droit, indépendamment de l'accident de fait, que la présomption légale existait. Aujourd'hui, sous le régime de la mobilisation, l'élément intellectuel est déchu de sa suprématie. Le spiritualisme tend vers le matérialisme, *vergit ad imum* ! La pensée retombe timidement dans les faits et s'y enlise. C'est une déchéance : mais on nous persuade que l'utilité empirique nous invite à y consentir. Plus d'abstractions ! Plus de droits consistant exclusivement *in intellectu* : rien que des faits, des faits, des faits palpables ! La loi n'a pas assez de souffle pour se détacher de ce qui est perceptible par les sens. Le fait se voit ; le droit abstrait est, au contraire, un mystère

gros d'incertitudes. Balayons cette idole ! Que le droit ne puisse plus « suivre » clandestinement et perfidement la chose au cours de ses changements de mains, pour se révéler tout à coup souverain et annihiler toutes les espérances fondées sur les faits. Il faut que la détention « purge », jusqu'à preuve contraire, les droits antérieurs, comme cela existe d'après l'article 2279 du Code Napoléon pour les meubles.

Ce sera enfin une législation simple, pratique, claire, à base positive, puisque le régime des droits sera adéquat au régime visible des possessions corporelles.

Telle *serait* la formule radicale de la réforme. En fait l'application qui en a été tentée est beaucoup moins révolutionnaire et même, à beaucoup de points de vue, ce prétendu revirement n'est qu'un perfectionnement du système ancien à l'aide de moyens déjà pratiqués dans ce système ancien lui-même. Jusqu'à présent les traditions anciennes ne sont pas rompues, mais plutôt en réalité continuées. C'est une constatation rassurante, mais que nous devons prévoir, pénétrés que nous étions par les recherches précédentes de l'idée que la nature, pas plus dans les institutions que dans le déterminisme des faits matériels, ne procède jamais que par un développement continu, quoique non rectiligne, des créations antérieurement enfantées par elle, par *intussusception*, si le mot ne paraît pas trop pédant.

Le système Torrens ne répond en réalité que très imparfaitement à l'idée d'un système de mobilisation de la propriété. Le droit de propriété n'y est pas abandonné, sous la forme de titres au porteur, au courant tumultueux des échanges manuels. Le titre détaché fait sans doute partie du système, mais il n'en est pas l'élément essentiel. La vraie base des droits réside dans des *registres* tenus par l'autorité publique et sur les feuilles desquels s'opèrent officiellement les

transferts par la voie d'inscriptions ayant force légale garantie par la puissance publique. Le titre n'est qu'un *certificat* de l'inscription. Par ces registres, le système Torrens se rattache au système ancien de la conception immobilière des droits. Il appartient donc essentiellement à ce système ancien : la mobilisation n'est, au fond, qu'un des rouages accessoires, un rouage complémentaire du *Real property act* de 1858 (complété et amendé en 1861 et en 1878); mais c'est un *rouage* qui tend à devenir *volant*.

Sir Robert Torrens déclare lui-même avoir puisé la conception du *Real property act* dans les coutumes traditionnelles des villes hanséatiques. Or, dans ces villes, l'enregistrement des droits de propriété se rattachait incontestablement aux anciennes règles du droit germanique sur l'ensaisinement solennel par autorité publique. De l'aveu même de l'auteur du système nous serions donc invités à faire rentrer ce système dans l'évolution que subit le principe d'ensaisinement perfectionné par la légalité de l'inscription et l'effet de purge, avec les seuls *certificats* en sus.

Mais, si le titre mobilier est alors la simple émanation du registre, il faut reconnaître que le régime pourrait maintenant, à un autre point de vue, apparaître comme une *dépendance du titre*. Si, dans l'intérêt des idées traditionnelles, on voudrait dire et l'on peut, avec quelque vraisemblance, dire que le titre est fait pour le registre, il suffit aussi de changer le point de vue pour que le nouveau système apparaisse comme révolutionnaire en son principe fondamental, le registre y étant fait pour le titre, n'étant que la *souche* des titres, souche instituée pour régulariser un peu et contrôler plus facilement, au besoin, le mouvement de ces titres mobilisés. Nous avons des titres de rente sur l'État qui sont nominatifs, d'autres qui sont au porteur : la formalité de l'inscription pour les titres



nominatifs ne change pas leur caractère mobilier. De même, le registre matrice ne serait qu'un rouage accessoire établi, dans l'intérêt du contrôle, à côté de la grande roue motrice du système, qui serait constituée dans cette conception par le mouvement d'échange manuel des titres mobiliers.

Nous ne cherchons pas, on le voit, à dissimuler l'hésitation que l'on doit éprouver pour le rattachement scientifique de ce système original. Ceux qui en parlent se placent, selon leur tournure d'esprit ou le jeu de leurs associations d'idées, à l'un ou à l'autre des deux points de vue que nous indiquons. Les deux filiations sont possibles et plausibles. Ce sont les destinées postérieures du système qui révéleront quelle est la vraie. Lequel des deux rouages, le registre ou les titres mobiliers, se développera d'une manière prépondérante ? Si c'est le registre qui prend le rôle principal, il faudra parler de l'Act Torrens comme d'un simple perfectionnement des *Grundbücher* et des cédules détachées. Si, au contraire, l'influence du registre diminue pour laisser le rôle prépondérant à la détention matérielle du titre mobilier, alors le système Torrens sera bien réellement un système révolutionnaire (au point de vue de l'histoire des concepts juridiques, bien entendu) rompant avec le système ancien des saisines légales (*res juris*), des droits intellectuels de possession planant au-dessus des possessions de fait (*res facti*) et les régissant souverainement. Ce sera une capitulation du droit devant le fait, non totale, mais très large, puisqu'il faudrait pouvoir imputer au détenteur un fait personnel pour l'obliger à restitution.

Une particularité pourrait contribuer à rendre plus vraisemblable l'idée qui considère le registre comme une simple dépendance des titres en circulation : c'est que le registre, sous le système Torrens, à la différence des *Grundbücher* germaniques, ne contient pas toutes les propriétés foncières

d'une region déterminée, mais contient seulement les propriétés pour lesquelles les propriétaires ont voulu se créer un titre représentatif destiné à circuler. Les inscriptions sur le registre sont rangées selon l'*ordre chronologique* de l'émission des titres et non selon la situation géographique des propriétés. Voilà qui invite fortement à faire du registre matrice un simple *appendice immobile* destiné seulement à *lester* un système essentiellement *fondé sur la mobilité* !

Sans insister davantage sur le système Torrens tel qu'il est pratiqué en fait, on peut se demander si l'utilité sociale exige réellement pour les immeubles la rupture radicale que nous avons indiquée avec les principes juridiques traditionnels. Faut-il enlever aux *res soli* la prépondérance qui leur appartient parmi les autres richesses économiques et les confondre avec les meubles ? La nécessité ne s'en fait pas sentir. Le régime qu'édicté le Code Napoléon fournit une satisfaction suffisante au besoin de célérité et de certitude qui caractérise la civilisation actuelle. D'ailleurs, si la circulation rapide des richesses est un bien, elle a certes aussi, quand elle s'exagère, ses inconvénients. Il ne faut pas trop faciliter les aliénations quand il s'agit de ces richesses qui constituent la base des patrimoines ; il ne faut pas trop faciliter les dépouillements, si l'on ne veut pas multiplier les appauvrissements et augmenter le nombre des gens sans foyer. Au contraire, il est permis de se demander si la législation ne devrait pas opposer une barrière à ces appauvrissements, précisément en pesant dans une sage mesure, dans certains cas, sur la liberté d'aliéner. En tout cas, on peut conclure que le régime du Code Napoléon, fondé sur les principes d'un sage spiritualisme, ne réclame que des perfectionnements accessoires sur l'organisation de la publicité ; il n'exige pas une refonte radicale. L'humanité peut s'arrêter là.

Si l'on veut améliorer le régime de la propriété dans notre Code, c'est d'un autre côté qu'il faut porter l'attention et c'est ce dernier *desideratum* d'une suprême importance que nous allons indiquer brièvement en finissant. Le Code qui nous régit a fait le dernier pas dans la voie du libéralisme en ce qui concerne la faculté d'aliéner et son mode d'exercice. Soit entre vifs, soit à cause de mort, l'individu a toutes facilités pour transmettre à autrui ses biens selon ses désirs : sa liberté ne se heurte qu'à de très légitimes restrictions. Mais ne faudrait-il pas donner à cet individu une faculté nouvelle en dehors du droit de disposer *au profit de quelqu'un* ? Ne faudrait-il pas lui permettre de créer, *sans aliéner*, des œuvres bienfaisantes, durables en dehors de lui, destinées à lui survivre, continuant à lui appartenir comme sa création et à perpétuer en son nom leur rôle philanthropique ? La législation actuelle, en effet, met l'individu qui veut fonder un établissement d'utilité générale et qui veut que cet établissement continue à fonctionner après sa mort, dans la nécessité de transporter en mourant, sur une autre tête (personne morale ou particulier), la propriété de cet établissement. Il faut qu'il choisisse entre les personnes morales ou physiques existantes celle qui lui convient le mieux, ou celle qui lui déplaît le moins, et qu'il l'institue héritière spéciale de l'établissement dont il a à cœur de faire bénéficier ses concitoyens ou ses semblables. S'il ne le fait et s'il se contente de manifester la volonté d'employer sa fortune à cette destination, le legs est caduc faute de légataire certain et, d'autre part, ce ne peut être autre chose qu'un legs, c'est-à-dire une aliénation à cause de mort au profit d'une autre personne, la loi n'admettant pas la survivance du droit de propriété. De là les nombreuses contestations qui s'élèvent toutes les fois que dans un testament est contenue une fondation de ce

genre. Le résultat d'un tel régime est que les mourants ne sachant quel sera le sort de leurs dispositions renoncent à leurs désirs philanthropiques. Ils ne voient parmi les personnes existantes que des mandataires trop peu sûrs : les personnes physiques ont une durée trop limitée et, au bout de quelques générations, personne ne se croit autorisé à exiger l'exécution des conditions d'un legs fait à tel ou tel ancêtre ; les personnes morales sont en nombre limité : de plus, elles sont soumises à des règlements et à des tutelles dont l'esprit peut ne pas convenir aux opinions du testateur. En définitive, comme nous le disons, l'intention bienfaisante s'éteint faute d'un moyen juridique commode qui soit à sa disposition. Qui peut dire ce que la société perd tous les jours ainsi par sa faute (1) ?

Indiquer ainsi le mal, c'est indiquer par là même le remède. Le mal est dans ce principe, trop souverain chez nous, que l'individu mourant ne peut conserver sur son nom la propriété de certains biens pour les affecter à des œuvres durables, mais qu'il est tenu de les *aliéner* tous, sous peine de les laisser devenir, à titre de biens vacants, la propriété de l'Etat. Il faudrait que la volonté de l'individu et son droit de propriété pussent lui survivre sans s'incarner en d'autres individus et pussent ainsi triompher de la mort. Il faudrait que, dans la société, parmi les richesses des vivants, on trouvât encore les

(1) Cette question est très bien élucidée dans une note du recueil de Dalloz (1893, 2, 1) dont l'auteur est notre regretté doyen, M. Beudant. Les fondations ne peuvent se faire que moyennant la forme détournée d'une libéralité avec charges conférée à un particulier. Le but philanthropique n'est ainsi atteint que par ricochet et n'est atteint que d'une manière très imparfaite. D'ailleurs les testateurs n'ayant pas une idée bien nette des éléments de la question font des dispositions dont l'essence juridique est souvent vicieuse et qui, tout au moins, comme c'est le cas dans l'arrêt commenté par M. Beudant, ne sortent leur effet que dans une mesure fort incomplète eu égard à ce que désirait le défunt.

richesses des morts, celles-ci se distinguant des autres en ce que nulle personne *vivante* n'en est propriétaire, mais que ce sont des offrandes généreuses de défunts dont elles perpétuent la pensée charitable. Les morts vivraient ainsi dans leurs œuvres de bien : c'est la meilleure manière de se survivre !

Quelle serait exactement la condition juridique de ces biens ? Elle ne différerait pas essentiellement de ce qu'était leur condition durant la vie du propriétaire. Supposez une personne établissant de son vivant un hospice pour une certaine catégorie de malades. Elle peut, tant qu'elle vit, en rester propriétaire, mais en régler l'administration d'une manière qui rende l'hospice tout à fait indépendant, faire élire, par exemple, les administrateurs par les électeurs de la commune ou par les fonctionnaires communaux ou par n'importe quelle autorité. Que cette personne vienne à mourir et le vice de la législation se fera sentir : la propriété de l'hospice ne peut plus rester sur la tête du défunt ; il faut la transférer sur une autre tête. Laquelle choisira-t-on ? Voilà les difficultés. Pour y couper court, il faudrait décider que l'individu mourant pourra, tout en conservant à sa fortune la destination charitable qu'il lui a donnée et tout en restant le vrai propriétaire, charger telle ou telle personne de la surveillance, et l'Etat serait alors, de plein droit, le gardien des intérêts sociaux engagés dans la fondation. L'Etat ne prend-il pas des mesures en faveur des absents ? Ne pourrait-il pas être le gardien des volontés de ceux qui ne sont plus ? Pourquoi le droit de propriété ne pourrait-il pas survivre purement et simplement à la mort et pourquoi, dans la mesure, bien entendu, où les dispositions à cause de mort sont permises, l'individu ne pourrait-il pas affirmer sa volonté de rester propriétaire et de continuer à donner à sa fortune l'emploi si loua-



ble qui consiste à augmenter le bonheur ou diminuer le malheur des hommes ? (1).

Il faut donc introduire dans la législation française ce principe de la légitimité des *fondations* déjà admis dans la législation en Allemagne. Il faut que l'individu ne soit plus réduit à aliéner tout son bien avant de mourir ; il faut respecter toutes ses volontés et en particulier celles qui méritent le plus d'être respectées, celles de continuer à faire le bien en y employant sa fortune. C'est le vrai moyen de remédier à ce que présentent parfois d'exorbitant et de nuisible les actes de disposition à cause de mort au profit d'individus. La richesse pouvant s'échapper des canaux étroits de l'égoïsme se répandra plus souvent au dehors sous la forme de créations d'utilité générale. Beaucoup de testateurs préféreront se perpétuer ainsi dans le souvenir reconnaissant de leurs semblables ; ils trouveront ce parti bien plus noble que celui d'enrichir des héritiers lointains et qui se croient souvent dispensés de la reconnaissance par ce motif que le testateur a donné seulement ce qu'il ne pouvait pas emporter. Ce sera, nous le répétons, une sorte de saignée pratiquée heu-

(1) Dans la législation romaine, ne trouvait-on pas, à côté des biens qui sont à des particuliers et des biens qui sont à l'Etat, les *biens qui sont aux morts*, *res quæ diis Manibus relictæ sunt* ? Les « *res religiosæ* » n'étaient la propriété de personne de vivant ; elles étaient aux *dieux Manes* (Gaius, II, 4). L'Etat n'avait d'autre rôle que de les protéger contre les violations. Combien serait noble et riche d'enseignements cette institution si on la rétablissait chez nous au profit des morts, mais de morts qui ne seraient pas, comme les dieux Manes, des êtres avides d'offrandes et jaloux d'hommages, mais des pensées bienfaisantes, issues de cerveaux tombés en poussière et qui continueraient, pour le bien de tous, à habiter parmi les hommes ? Les « *Stiftungen* » de la législation allemande ne répondent-elles pas au concept de ces « *res religiosæ* », et le rôle de l'Etat n'est-il pas comparable dans les deux cas ? Dans les deux cas, il y a selon l'énergique expression allemande, un *patrimoine* soutenu par le *but* auquel il sert (*Zweckvermögen*) et placé sous la surveillance des autorités sociales.

reusement sur les canaux trop fermés de l'égoïsme, où la richesse circule trop exclusivement, et, par cette saignée, jaillira dans les airs un flot bienfaisant de pensées charitables, de volontés philanthropiques ! Jamais plus qu'au moment où il meurt l'homme n'est disposé au désintéressement, et c'est précisément alors que la législation actuelle ne lui laisse d'autre moyen direct de disposer de ses biens qu'en les donnant en pâture à d'autres égoïsmes. Établir le régime que nous indiquons serait, au contraire, ouvrir à ces pensées altruistes une issue où, pour le plus grand bien de tous, elles ne manqueraient pas de s'engager bien souvent ! Nombreuses seraient les pensées charitables, si on savait les drainer utilement, et de ces couches sociales que d'aucuns décrivent comme pénétrées seulement d'égoïsme, on en tirerait des torrents merveilleux !

Vu :

Le Président de la thèse,  
C. BUFNOIR.

Vu :

Le Doyen,  
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,*  
GRÉARD.

---

# TABLE DES MATIÈRES

---

|                        | Pages |
|------------------------|-------|
| PRÉFACE . . . . .      | 1     |
| INTRODUCTION . . . . . | 11    |

Du transfert par conventions en général ; son fonctionnement : — I. Distinction de l'acte d'obligation et de l'acte de transfert ou de disposition : le premier lie la personne, le second règle le sort des biens. Eclaircissements sur cette distinction. — Sanction différente qui appartient à chacun de ces actes juridiques : l'acte d'obligation ne prend pas date dans les choses ; l'acte de transfert au contraire y prend date et s'y incorpore. — II. Etude de cette incorporation, c'est-à-dire définition de l'essence du *droit réel*. Le droit réel est un droit de propriété appartenant *directement* à une personne sur une chose ou sur un des bénéfices dont les choses sont la source. Eléments constitutifs de ce droit. Conditions de son déplacement. — Comment la volonté transfère les droits. Difficultés théoriques de cette idée. Lente formation de ce pouvoir dans l'histoire du passé. Intérêt profond de cette recherche rétrospective. Idée générale de cette grande évolution : le droit romain strict et le droit prétorien. — Le droit germanique. — Couronnement de l'évolution par le Code Napoléon. — Desiderata nouveaux : Publicité. La réaction n'est qu'apparente. Triomphe d'un spiritualisme réglé par les lois.

*Division générale des matières.* — Nous étudions l'acte de transfert par conventions successivement dans ces deux phases : d'abord comme acte juridique *conventionnel*, comme une espèce de contrat consensuel ; ensuite comme *déplacement réel* du droit. La première phase est la *phase psychique ou consensuelle* : la seconde, la *phase physique ou réelle*.

## PREMIÈRE PARTIE

### PHASE CONSENSUELLE DE L'ACTE DE DISPOSITION

CHAPITRE PREMIER. — **La promesse de livrer et le droit.** 35

Qu'est-ce qu'une convention en général ? Qu'est-ce que la *convention de transfert*, en particulier ? Formes constitutives d'un acte et conditions de validité. — Formes constitutives de l'acte de disposition en

tant que contrat. La *manifestation de volonté* : son essence. Cette volonté doit être irrévocable pour servir à former un contrat ou du moins se présenter comme telle, sans doute possible. Vices du consentement capables de détruire l'acte juridique légalement formé par manifestation valable de volonté. — L'*accord des volontés* ; son essence ; sa nécessité juridique. Raisons de cette nécessité. L'accord actif distingué du simple assentiment. Les principes sont-ils les mêmes en matière de constitution de droits réels ? Discussion de cette question controversée. De la nécessité de la réponse par l'offrant à la suite d'acceptation à lui notifiée : c'est une question d'interprétation des volontés. Le « *jactus missilium* » et le transfert de propriété. Controverses à ce sujet chez les juriconsultes romains. Il faut maintenir le principe de l'accord nécessaire de plusieurs volontés pour opérer transfert. — Conditions de *capacité personnelle* requises pour l'*existence* du contrat. Essence de la capacité de vouloir. Existence d'une cause intellectuelle. Essence de cette cause. A-t-elle besoin d'être exprimée ou bien la loi en présume-t-elle jusqu'à preuve contraire l'existence ? Incapacités absolues de vouloir dans la doctrine juridique des romains : l'*infans* et l'*impuer*. — Règles de *capacité politique* ou nécessité de la participation au droit civil. Le droit romain et les « *hospitia* ». Le Code Napoléon et l'article 11. — Contenu spécial *sui generis* de l'obligation de donner. En quoi cette obligation se distingue de l'obligation de *præstare*. Elle se réduit à une obligation de livrer « *rem habere licere* », ce qui justifie le principe qui met les risques à la charge de l'acheteur dès que le vendeur a donné son consentement. Cela n'exclut pas la mise en jeu de la responsabilité du vendeur en cas d'éviction réalisée ou même seulement imminente. Le texte d'Africain. — Sur quels *objets* peut porter l'acte de disposition. Droit de propriété et ses cisaillements. Le pouvoir de renoncer à la jouissance est inclus dans le concept de la propriété. Réserves en ce qui concerne le droit réel régi par des principes moins libéraux. Les choses futures. Les choses problématiques. La chose d'autrui. Chose hors du commerce. Effets divers de la prohibition d'aliéner. Inaliénabilité dotale. — *Actions en nullité* ouvertes contre les actes de disposition en tant que contrats. Vices du consentement. Essence intellectuelle de la cause. Eclaircissements à ce sujet sur le rôle du *nomen* dans la doctrine romaine des conventions obligatoires.

## CHAPITRE II. — Effets de la promesse de livrer, sanctionnée par le droit. . . . . 93

Effets de l'obligation de livrer soit entre parties, soit à l'égard des tiers. — L'obligation de livrer est-elle susceptible d'exécution forcée ? Graves controverses à ce sujet. — Effets de l'obligation compliquée de modalités, terme, condition, au point de vue des risques. — Effets de la mise en demeure au point de vue de la charge des risques. *Dies moram non*

*facit* quand il s'agit de l'obligation de livrer, car la chose due n'est pas *portable*, sauf clauses contraires. — Effets d'une obligation de livrer à l'égard des contractants postérieurs. Influence hostile du *jus in re* contre le *jus ad rem* dont il débilite l'énergie. Droit romain : souveraineté exclusive du *jus in re*, *dominium ex jure Quiritium*. Le principe de la *tradition* réelle dans le droit romain et l'ancien droit, au point de vue de la préférence à l'égard des contractants postérieurs. Son origine dans l'action Publicienne. Ses destinées. Son abrogation presque complète par le Code Napoléon.

## DEUXIÈME PARTIE

### PHASE RÉELLE DE L'ACTE DE DISPOSITION

#### CHAPITRE PREMIER. — L'action in rem. Ses caractères distinctifs . . . . . 125

Rapprochement et opposition des deux concepts de l'action personnelle et de l'action réelle. Confusion résultant de leur équivalence pratique dans certaines législations. Définition du *jus in re* et de l'*actio in rem*. Leur essence est de consister dans un droit de possession et une action possessoire. Nature de la novation qui transforme le *jus ad rem* en *jus in re*, le droit médiat *in personam* en droit immédiat *in rem*. Autorités à l'appui du caractère possessoire de la véritable action en revendication. Nouvelle comparaison du *jus in re* et *jus ad rem* dans une hypothèse empruntée au droit canonique et qui paraît être l'origine de l'expression même de *jus ad rem*.

#### CHAPITRE II. — Coup d'œil général sur les divers faits générateurs du *jus in re* et de l'*actio in rem*. 138

D'où naît le *jus in re* ? Coup d'œil général sur les faits et circonstances qui l'engendrent. Distinguer selon les objets auxquels il s'applique, les *titres* qui le justifient dans les divers cas. Le *jus in re* et la légalité de l'ensaisinement (distinguée de la légalité de l'*inscription* en vigueur en Allemagne). Idée générale de l'évolution des *modi acquirendi* dans un sens plus spiritualiste. Modes d'investiture à titre originaire et modes d'investiture à titre dérivé.

#### CHAPITRE III. — Histoire de l'investiture réelle dans les diverses législations. . . . . 145

Examen détaillé des diverses législations au point de vue des formes d'ensaisinement. — Idée générale préliminaire : l'ensaisinement et la barbarie primitive. Sa disparition dans les sociétés commercialistes. *Res Mancipi* et *res nec Mancipi*. La terre et les immeubles.

Le droit romain et le *dominium legitimum* ; raisons de l'im-



portance donnée à cette législation. — Un passage de la Bible. — La *cipio* par l'*usus* en droit romain. — La *cipio per populum* et le testament *calatis comitiis*. Le peuple est là pour ensaisiner. — *Mancipatio per æs et libram*. Sens exact de cette cérémonie. Son application spécifique en matière de vente. Son extension à d'autres cas où l'ensaisinement devait être opéré, et l'était ainsi très commodément. Etude approfondie du testament *per æs et libram* et de la saisine qu'il engendre au profit du *familiæ emptor*. — La *cessio in jure*. Son caractère plus savant. Son domaine d'application : les choses moins corporelles. — Le rôle supplétoire de l'*usucapio* : l'*adjectio dominii per continuationem possessionis*. — Essence du procès de revendication selon le droit strict : il ne met en jeu que la question de possession légale. Perfectionnements prétoriens. La procédure formulaire. Son origine dans la *judicis postulatio*. Utilité de la formule. Rôle de l'exception dans la formule. *Omnis exceptio exclusoria est*. L'exception commence à mitiger par des éléments spiritualistes le formalisme du droit strict : c'est un moyen de *défense* donné au juste titre. L'action publicienne lui donne un moyen d'*attaque*. Etude approfondie de cette action. Elle naît de tradition matérielle accomplie *ex justa causa*. Essence formaliste de ce *modus acquirendi*. En quoi elle s'éloigne du droit strict quant à sa technique : l'*exceptio justidominii* dans la publicienne. Sa place dans le texte de l'édit. Traduction proposée de ce texte. Comment dans l'action publicienne le débat est transporté presque toujours sur le fond du droit. — Identité de l'action publicienne et de l'action pétitoire du droit moderne. Le *Code Napoléon* l'a perfectionnée en supprimant la nécessité de la tradition corporelle. Le juste titre saisit.

*Le droit germanique*. — C'est le domaine propre de la saisine ; raisons de ce caractère archaïque. — La *Gewere* et le droit germanique. Etymologie du mot. Essence de la chose. — Rôle de la *Gewere*. — Ses formes : tradition *in mallo*, tradition devant témoins. *Traditio ad altare*. — L'investiture par autorité publique. Est-ce le mode primitif ? Question controversée. Réponse négative. — Effets désastreux, en ce qui concerne les concepts juridiques, de la période d'anarchie qui succéda à la chute de l'empire romain. — Survivance du principe de la *Gewere* dans les coutumes de nantissement. En quoi consistent les *devoirs de loi* et quel est leur effet juridique ? Energie remarquable du terme par lequel certaines coutumes le désignent : *réalisation*. Eten due d'application du nantissement dans les diverses coutumes. — Institution dans toute la France d'un mode de saisine-dessaisine par notaires royaux. Essence de ce mode, sa destinée. — Brève étude de la saisine par an et jour en droit germanique. L'effet purgatif de la *Rechte Gewere*. Destinées postérieures du droit germanique en Allemagne : sa lutte avec le droit romain. Deux camps dans la doctrine : les germanistes et les romanistes : leur rivalité ! Triomphe des romanistes et du principe du transfert par volonté privée.

*Le droit romain* en France. — Généralisation du principe du transfert par la tradition privée. Raisons de ce fait tirées de circonstances historiques et de la simplicité du principe lui-même. On ne songe pas à le perfectionner : le droit byzantin. — La doctrine de la tradition corporelle dans Pothier : la tradition est requise comme marque d'un desaisissement de fait complet. Comment se rattache à cette idée, en matière de transfert des créances, la signification au débiteur cédé. Triomphe complet du droit romain sur le droit germain, pour toute la France par l'effet de l'unification révolutionnaire. Mais le principe de la tradition réelle reste en vigueur jusqu'en 1804.

Le *Code Napoléon*. — Origines de l'innovation. Grotius en a l'idée dès le début du XVII<sup>e</sup> siècle. Rappel de la doctrine du Code sur les effets contractuels de l'acte de disposition : la propriété définitivement acquise à l'acheteur. Mais il déclare expressément que c'est seulement « à l'égard du vendeur ». Ce n'est donc pas encore le droit réel. Ce droit réel, le Code l'a-t-il reconnu à l'acheteur de par le seul effet du contrat ? Intérêt pratique qui a suscité la question : l'action réelle née du *jus in re* ne s'intente pas selon les mêmes règles de compétence territoriale que l'*actio ad rem in personam*. Dissidences nombreuses sur la question. Discussion des divers systèmes. Impossibilité de nier le principe de l'action réelle en présence de la déclaration de Portalis sur la fiction de tradition contenue dans le contrat. Rapprochement avec la fiction d'usucapion établie par le prêteur Publicius. Appréciation du principe même de cette innovation. Jugement sévère de M. Huc. Il n'est pas absolument fondé.

## SYNTHÈSE GÉNÉRALE

### CHAPITRE PREMIER. — Les inconvénients de l'individualisme en matière d'aliénation.

— Remèdes . . . . . 241

L'individualisme absolu : ses inconvénients. Moyens de les corriger sans renoncer aux progrès acquis. Origines de la publicité. Montrer que cette idée ne se trouve qu'accessoirement dans les formalités d'ensaisinement. Elle appartient aux régimes individualistes. Superstition consistant à attribuer au droit germanique des mérites imaginaires. La solennité de l'ensaisinement n'était pas fondée sur la préoccupation de l'intérêt des tiers. La publicité dans l'ancien droit. Edit de Colbert (1673). Les lois révolutionnaires. Lois du 9 messidor an III et du 4 brumaire an VII.

### CHAPITRE II. — La publicité et le Code Napoléon. Loi du

23 mars 1855. — Ses destinées . . . . . 252

La publicité dans le *Code Napoléon*. Transcription des donations. Ins-

cription des hypothèques. Le privilège est un droit réel ? — Insuffisance des garanties données aux tiers par le Code. Comment elle fut particulièrement sentie quand on voulut encourager le Crédit foncier. Préparation de la loi du 23 mars 1855. La position à l'égard du Code Napoléon. Ses résultats. Les inconvénients du mécanisme actuel de publication. La publicité doit avoir une base non plus *personnelle*, mais réelle. Condition *sine qua non* : réfection du cadastre. Histoire de cette question du rôle juridique du cadastre. Les livres fonciers en Allemagne. Etat actuel du cadastre en France : ses nombreux défauts ? Comment faire un cadastre dont les déterminations soient au-dessus de tous les changements accidentels ? Commission extra-parlementaire du cadastre : ses travaux à ce sujet.

**CHAPITRE III. — Le principe de la garantie publique en matière de publicité des aliénations. 266**

Qu'est-ce que la légalité de l'inscription. Portée de ce principe. En exclure toute idée d'ensaisinement par autorité publique. La légalité et la loi du 23 mars 1855 ; elle est repoussée. Sera-t-elle adoptée en France ? Individualisme et socialisme.

**CONCLUSION . . . . . 271**

La mobilisation de la propriété. Ses avantages et ses inconvénients. Un mot sur un *desideratum* plus pressant : les *fondations*.











---

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot. — J. Thevenot, successeur, Saint-Dizier (Hte-Marne).

---